

**ASPECTOS POSITIVOS DE LA NUEVA REGLAMENTACIÓN DEL DIVORCIO  
EN BARRANQUILLA**

**DELIS GORDON WOULDROW**

**CORPORACION UNIVERSITARIA DE LA COSTA CUC  
FACULTAD DE DERECHO  
BARRANQUILLA  
2007**

**ASPECTOS POSITIVOS DE LA NUEVA REGLAMENTACIÓN DEL DIVORCIO  
EN BARRANQUILLA**

**DELIS GORDON WOULDROW**

Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de  
**ABOGADO**

Director  
**Dr. OMAR SANDOVAL FERNANDEZ**

**CORPORACION UNIVERSITARIA DE LA COSTA CUC  
FACULTAD DE DERECHO  
BARRANQUILLA  
2007**

## NOTA DE ACEPTACIÓN

---

---

---

---

**Asesor**

---

**Jurado**

---

**Jurado**

Barranquilla, Abril de 2007

A Dios por darme la inteligencia y entendimiento, por ser mi guía espiritual y mi soporte durante toda mi vida.

A mi familia, por su apoyo incondicional, comprensión, amor y sobre todo por estar siempre conmigo.

A mi hermana, por apoyarme, brindarme más su amor su comprensión y ayuda siempre que la necesité.

**Delis Gordon**

## **AGRADECIMIENTOS**

La autora expresa sus más sinceros agradecimientos A:

**Los notarios y funcionarios de las notaria**, por asesoría y orientación en la realización de esta investigación.

**Los jueces y Funcionarios de los Juzgados**. Quienes son su invaluable ayuda, permitieron darle un feliz término a este trabajo de grado.

**Dr. Omar Sandoval**. Por su tiempo, colaboración, y dedicación para culminar satisfactoriamente la presente investigación.

**Dr. Jorge Aranda**. Director del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, por asesoría y por brindarnos siempre todas las herramientas necesarias para terminar con éxito este proyecto.

## TABLA DE CONTENIDO

Pág.

### RESUMEN

<b>0. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>10</b>
<b>1. ANTECEDENTES DEL MATRIMONIO. ....</b>	<b>15</b>
1.1 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.....	17
<b>2. CONCEPTO, FINES Y CLASES DE MATRIMONIO.....</b>	<b>21</b>
2.1 CONCEPTO DE MATRIMONIO. ....	21
2.2 FINES DEL MATRIMONIO. ....	22
2.2.1 La Cohabitación. ....	22
2.2.2 La procreación .....	24
2.2.3 Asistencia recíproca. ....	24
2.3 CLASES O FORMAS DE MATRIMONIO.....	25
2.3.1 Matrimonio Religioso. ....	28
2.3.2 Matrimonio Ante Juez Civil.....	28
2.3.3 Matrimonio Ante Agentes Diplomáticos o Consulares. ....	29
2.3.4 Matrimonio Ante Notarios.....	29
2.3.5 Diferencia entre el matrimonio civil judicial y el matrimonio civil notarial.....	29
<b>3. HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL DIVORCIO .....</b>	<b>33</b>
<b>4. CONCEPTO DE DIVORCIO .....</b>	<b>41</b>
4.1 DEFINICION DE DIVORCIO.....	41
4.2 SISTEMAS DE DIVORCIO .....	41
4.2.1 Divorcio en sentido amplio. ....	41
4.2.2 Divorcio en sentido limitado. ....	42

4.2.3 Divorcio en sentido restringido .....	42
4.3 EL DIVORCIO EN COLOMBIA .....	43
4.4 LEY PRIMERA DE 1976 .....	45
4.5 LEY 25 DE 1992 .....	47
4.6 CARACTERISTICAS DEL DIVORCIO EN COLOMBIA .....	48
<b>5. DIFERENCIA ENTRE EL DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL .....</b>	<b>50</b>
5.1 CLASES DE DIVORCIO .....	51
5.1.1 Divorcio mutuo acuerdo. ....	51
5.1.2 Divorcio contencioso. ....	51
5.2 CAUSALES DE DIVORCIO .....	52
5.2.1 Causal primera. ....	53
5.2.2 Segunda causal. ....	56
5.2.3 Causal tercera. ....	57
5.2.4 Causal cuarta. ....	60
5.2.5 Causal quinta. ....	61
5.2.6 Causal sexta. ....	62
5.2.8 Causal octava. ....	69
5.2.9 Causal novena. ....	73
5.3 CLASIFICACION DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO .....	74
<b>6. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL DIVORCIO .....</b>	<b>77</b>
6.1 JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER EL DIVORCIO .....	77
6.2 PARTES DENTRO DEL PROCESO DE DIVORCIO .....	78
6.2.1 El Ministerio Público. ....	78
6.2.2 Sujeto activo de la relación. ....	79
6.3 PROCESO CONTENCIOSO DE DIVORCIO .....	80
6.3.2 Medidas cautelares .....	82
6.4 PROCESO DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO .....	84
6.4.1 Tramite. ....	84
6.4.2 Términos para proponer la acción de caducidad. ....	85

6.4.4 Nulidad judicialmente decretada. ....	88
6.4.5 Audiencia de Conciliación. ....	88
<b>7. FUNDAMENTOS LEGALES DEL DIVORCIO NOTARIAL .....</b>	<b>97</b>
7.1 TRAMITE NOTARIAL DEL DIVORCIO .....	101
7.2 INTERVENCION DEL DEFENSOR DE FAMILIA .....	107
7.3 FUNCIONES DEL DEFENSOR DE FAMILIA .....	107
7.4 FUNDAMENTOS LEGALES .....	109
7.5 CALIDADES PARA SER DEFENSOR DE FAMILIA .....	109
7.6 LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL .....	110
7.7 EL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL .....	111
7.8 PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	113
7.9 INVESTIGACIÓN NOTARIAL Y JUDICIAL.....	114
<b>8. ESTADÍSTICAS DE LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN NOTARIA Y LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA. ....</b>	<b>118</b>
8.1 HECHOS QUE SUSTENTAN LA INICIACIÓN DEL PROCESO SEGÚN EL DEMANDANTE.....	122
8.2 PRETENSIONES DEL DEMANDANTE .....	123
<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>125</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>127</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>130</b>



## **RESUMEN**

En Colombia los cónyuges podrán divorciarse de manera rápida, el legislador con el solo propósito de descongestionar los despachos judiciales le dio la potestad a los notarios para efectuar el divorcio de mutuo acuerdo por medio de la ley 962 de 2005, conocida como ley antitramite vigente desde el 8 de julio del mismo año, en su artículo 34 del Decreto 4436 de 2005, estableció la posibilidad de que el divorcio y la cesación de los efectos civiles para los matrimonios religiosos por mutuo acuerdo se tramiten ante notario es decir que actualmente son competentes para gestionar el divorcio por la causal 9ª del artículo 6º de la ley 25 de 1992, el juez de familia y el notario del círculo de los cónyuges. El primero a través del proceso de jurisdicción voluntaria y el segundo a través de escritura pública, la causal 9ª de divorcio se refiere al consentimiento de ambos cónyuges.

El divorcio por mutuo acuerdo es la causal mas recomendada para dar por terminado el matrimonio conflictivo e irreconciliable y también es la menos traumática, cuando el divorcio es por mutuo para nada importa cual de los cónyuges fue responsable de la ruptura matrimonial; es una causal objetiva que no caduca. El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario, producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente, la intervención del defensor de familia en las notarias será solo cuando haya menores de edad, acuerdo que lleva la regulación de las visitas, custodia, y alimentos.

### **PALABRAS CLAVES:**

Matrimonio, Divorcio, Familia, Menores, Ley, Antitramite, Notarios, Juez, Cónyuge, Mutuo.

## **0. INTRODUCCIÓN**

### **0.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El matrimonio se contrae con el propósito de que el hombre y la mujer vivan en una comunidad de usos, costumbres, placeres, y tristezas, de fortalecimiento y desarrollo de la personalidad, de tolerancia y comprensión, formación y educación de los hijos. En fin para el perfeccionamiento y la felicidad de la pareja y sus padres. Cuando esos propósitos se truncan; cuando surge la desconfianza, las ofensas, la intolerancia y la violencia, los insultos, los irrespetos, la infidelidad, el incumplimiento injustificado de los deberes conyugales y paternos, el matrimonio sufre una mutación que cuando alcanza un grado de tal gravedad, se torna intolerable la comunidad de vida y la solución mas lógica es acabar con ella o por lo menos suspenderla, o disolver las relaciones, el matrimonio entra en crisis y llega el fenómeno del divorcio.

Quiérase o no en razón del acelerado ritmo cambiante del mundo, han confluído múltiples factores en el orden de moral, social, político y económico, convergente todos, para propagar el divorcio. Además, como un simple reflejo de el acontecer de los actuales tiempos, con unas generaciones no dispuestas a soportar ni siquiera los menores contratiempos o dificultades.

El divorcio viene a imponerse como la solución no buena, pero si necesaria frente a la grave crisis del matrimonio.

Para la constitución esa solución determina dejar de hacerse y de darse lo que debía hacerse y darse como efectos legales nacidos del contrato solemne del matrimonio.

Las parejas hoy en día van al divorcio para buscar solución de sus problemas, hasta ahora los divorcios en el país eran tramitados ante un juez, en un proceso que en el mejor de los casos demandaba al menos semanas, y en los despachos judiciales dejaba un alto índice de congestión.

Ahora mismo en Colombia los cónyuges podrán divorciarse mucho más rápido si hay mutuo acuerdo con un simple trámite ante notario según la ley aprobada por el congreso para reducir las gestiones ante el estado.

De lo anterior surge el siguiente interrogante:

**¿Cómo incide la reducción de términos en el trámite de divorcio en la frecuencia del mismo en la sociedad?**

## **0.2 JUSTIFICACIÓN**

Durante la formación como profesional del derecho, es importante el estudio profundo y crítico, en que el aprendizaje de conocimientos jurídicos no se limite solamente a estudiar el contenido de las normas, sino que a ello se acompañe una preparación axiológica, ética y filosófica con la finalidad de de la realización no solo como abogados sino también como juristas.

Un profesional integral del derecho no se reduce a un técnico del derecho que debe estudiar, interpretar, y aplicar la ley sin más ni más, sino, que debe ser realmente un jurista, que conciba el estudio de los valores de trascendental importancia y que sepa argumentar y ponderar en cada caso litigioso los valores a aplicar.

Con base en esto se pretende resaltar la importancia que es el fenómeno del divorcio dentro de nuestra sociedad, que afecta no solo a nuestro medio sino a cada una de las personas que constituyen dicha familia.

El único propósito de esta investigación es señalar que ahora en Colombia pueden hacer los tramites de divorcio muchos mas rápidos de mutuo acuerdo de lo que eran años atrás. El alto índice de trámites de divorcio en los despachos judiciales tenia que descongestionarse para que en el mejor de los casos sea una separación favorable para ambas partes.

Dichas normas, como es la finalidad del derecho, busca señalar los trámites del divorcio, el cual tiene connotaciones de carácter moral, social, político y económico, por lo tanto se considera necesario conocer no solo el alcance de las normas que regulan el trámite de divorcio, sino también observar su evolución y vigencia en el mundo actual.

### **0.3 OBJETIVOS**

#### **0.3.1 OBJETIVO GENERAL**

Desarrollar un estudio jurídico sobre aspectos positivos de la nueva reglamentación del divorcio en Barranquilla para lograr un conocimiento teórico práctico sobre el mismo, desde el ámbito de la legislación colombiana.

#### **0.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- ✓ Estudiar el divorcio, tanto en sus requisitos internos como en sus formalidades.
- ✓ Analizar el objetivo principal que tiene en la parte que interesa al notario, esto es el trámite de divorcio que contiene.

- ✓ Estudiar el concepto, fines y clases de matrimonio descendiendo luego al tema de disolución del vínculo matrimonial, como se ubica en la legislación de nuestro país, las causales en especial, la referida al mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

## **0.4 HIPÓTESIS**

La nueva reglamentación del divorcio aprobada por la ley de forma positiva a las parejas, conlleva a reducir las gestiones ante el estado para disolver su vínculo matrimonial.

### **0.4.1 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES**

- **Variable Independiente:** La nueva reglamentación del divorcio aprobada por la ley de forma positiva a las parejas.
- **Variable Dependiente:** conlleva a reducir las gestiones ante el estado para disolver su vínculo matrimonial.

#### **0.4.1.1 Operacionalización de la Variable Independiente**

##### **Variable Independiente**

X1: La importancia de la separación legal de los cónyuges.

X2: Las características que produce la disolución del vínculo matrimonial.

X3: la aplicación de los derechos e intereses de cada cónyuge

#### **0.4.1.2 Operacionalización de la Variable Dependiente**

**Variable Dependiente:** Según una ley aprobada por el congreso para reducir las gestiones ante el estado.

Y1: Hacer cumplir la legislación en materia de derecho civil.

Y2: Seguir los reglamentos de la cesación de efectos civiles.

Y3: Dar importancia a los elementos que presenta el divorcio.

## **0.5 MÉTODO**

En la realización de la investigación se ha empleado el método teórico de análisis y síntesis.

El presente método teórico ayuda a un buen desarrollo del objeto de estudio pues se realiza un análisis de las fuentes y técnicas que se emplearan en la investigación para así depurar la información obteniendo un análisis mas profundo del tema a tratar.

## **0.6 DELIMITACION**

### **0.6.1 DELIMITACIÓN ESPACIAL**

El presente trabajo de grado comprende el territorio de Colombia.

### **0.6.2 DELIMITACIÓN TEMÁTICA**

El presente trabajo de grado comprende el estudio del decreto No.4436 del 2005 y su relación con la constitución política en el tema de la investigación.

### **0.6.3 DELIMITACIÓN TEMPORAL**

La realización de la presente investigación tendrá una duración aproximada de dos meses a partir de la presentación del presente anteproyecto.

## **1. ANTECEDENTES DEL MATRIMONIO.**

La etimología de la palabra matrimonio nos muestra idea de lo antiquísimo de ésta institución pues proviene de las acepciones latinas MATRIS NIMIUM que en Romance significa oficio de madres, este sentido atribuido a la expresión “Matrimonio” tiene su origen, según las siete partidas de Alfonso X el sabio, en el hecho de que es la madre la que debe soportar los riesgos propios del parto y los sacrificios y la tesón que implican la crianza y la educación de la prole, sin embargo, la doctrina nacional y foránea admiten que la palabra matrimonio se deriva de las voces MATREN MUNIENS que traduce la idea de defensa y protección de la madre. Esta idea muestra una concepción con marcada tendencia sociológica.

Dejando de la lado la etimología de la palabra “Matrimonio”, no debe desconocerse la triada que integra la institución antes y depuse, que son: amor, matrimonio y maternidad, por eso lo regulan. Lo lógico es que el matrimonio lo precede un afecto, cariño y amor, producto de ese amor surge la institución matrimonial y como consecuencia lógica nacen los hijos, no solo como fruto del amor de los padres, sino como un don de Dios.

Así las cosas, la triada conformada por las palabras amor, matrimonio y maternidad trae la idea grata de unión e intimidad.

Ahora bien, hasta nuestros días ha sido imposible unificar criterios sobre la verdadera raíz del vocablo matrimonial; sin embargo, el tratadista hace cuatro posibles afirmaciones de la palabra matrimonio y, para ello se apoya en la obra de la suma geológica de santo tomas que indica:

1. De Mahem Muniens, que significa oficio de la madre.
2. De Matrene Monens, porque previene a la madre que no se separe del marido.
3. De Matrenato porque mujer se hace madre del nacido, y
4. De Matos y Materia porque los cónyuges forman una sola materia”<sup>1</sup>

La palabra matrimonio puede ser usada para denotar la acción, contrato, formalidad o ceremonia en la que la unión conyugal es creada, o para la unión en si, en su condición de permanente. Normalmente es definida como la unión legítima entre marido y mujer, “legítimo” indica la sanción de la ley, ya sea natural, evangélica o civil, mientras que la frase “marido y mujer” implica los derechos mutuos en las relaciones sexuales, de la vida común y de una unión permanente.

Mucho tiempo antes se daba la promiscuidad, prevaleció durante un tiempo y de allí es de donde se desprendió la poligamia o monogamia y la poliandria.

La poligámica (muchos matrimonios) o mas correctamente, la poliginia (muchos matrimonios) o mas correctamente, la poliginia (muchas esposas), existió entre la mayoría de pueblos antiguos conocidos en la historia y se da en la actualidad en algunas naciones civilizadas, así como en la mayoría de tribus primitivas, los únicos grupos importantes de la antigüedad que han tenido pequeño o ningún rastro de ella, han sido los griegos y romanos. No obstante, el concubinato, puede ser considerado como una forma mas alta de poligamia o por lo menos lo mas parecido a la monogamia, fue durante muchos siglos reconocido por las costumbres e incluso por las leyes de estas dos naciones. Hoy en día se sigue dando especialmente entre quienes están bajo la influencia del mahomismo, como por ejemplo en Arabia, Turquía y algunos en la India. Entre las razas primitivas, se da principalmente en el África. Sin embargo, la poligamia se ha extendido sólo de

---

<sup>1</sup> CASTILLO, Rugeles Jorge, Obra derecho de familia apoyada en la obra suma teológica de Santo Tomas.



manera territorial, y nunca ha sido practicada por más que una pequeña minoría, incluso en lugares que ha sido prohibida por la costumbre o el derecho civil, la inmensa mayoría de la población era monógama. Las razones son obvias: no hay suficientes mujeres para cada hombre tenga varias esposas, ni la mayoría de hombres están en capacidad de mantener más de una, jefes, los poderosos y los ricos de la comunidad.

La poliandria es también llamada matrimonio, por la unión de una mujer con varios hombres al mismo tiempo. Ha sido practicada en varios momentos por un número considerable de personas o tribus. Existió entre los antiguos bretones y árabes, los habitantes de las islas canarias, los aborígenes de América, los hotentotes, los habitantes de la India. La poliandria fue una forma excepcional de unión conyugal. Los esposos de un grupo conyugal eran todos hermanos, generalmente el primer marido tenía mayores derechos conyugales y domésticos que los otros, siendo de hecho, el marido principal, los otros solo eran maridos en un sentido secundario y limitado, ella se casaba con la familia en vez de una sola persona. Independientemente de la concepción poligámica o monogámica del matrimonio, es importante reseñar que en el mundo encontramos regulaciones jurídicas sorprendentes, en especial en Grecia, Roma, España y Francia de la cual se nutrió el código civil de Don Andrés Bello y nuestro código Civil de 1887.

### **1.1 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.**

Sobre el tema de la naturaleza jurídica del matrimonio se han presentado serios y encomendados debates a nivel doctrinal, sin embargo; hasta ahora no existe uniformidad de criterios. En efecto, para poder exiliar su verdadera naturaleza se han dado varias teorías o posiciones, entre las cuales encontramos la que lo califican de contrato, sacramento, institución y negocio jurídico.

- ✓ Matrimonio- sacramento; en el derecho canónico el matrimonio es definido como un contrato elevado por Jesucristo a la categoría de sacramento, es decir, hay una mezcla y simbiosis que permite derramar en los contrayentes la gracia santificante, esta es una posición geológica respetada. En el campo de los religiosos es el de mayor aceptación.
- ✓ Matrimonio como contrato: es la concepción civil se encuentra en el matrimonio un simple contrato, es la posición predominante a lo largo del siglo XIX y en Colombia aparece con un amplio respaldo en los artículos 113, 115, 135 y 140 del código pues en todos ellos el legislador al referirse al matrimonio lo define y lo califica como contrato, y desde el punto de vista de su formación es un contrato solemne dados por los artículos 113 y 1500 del código civil.

Es importante decir que el matrimonio presenta unos aspectos peculiares que lo hacen diferente a los demás e impide aplicar en su integridad las regulaciones que sobre contratos consagra nuestro código civil. Por eso el profesor Carvonier cita por el tratadista colombiano que dice:

“Que el matrimonio no constituye una especialidad contractual mas, pues su cometido creador consiste en algo mas que dar nacimiento a simples relaciones de obligación. En realidad, el matrimonio es la fuente de la familia del estado de esposos y de la legitimidad de la filiación”.<sup>2</sup>

Sobre las especiales características del matrimonio y de la naturaleza jurídica del mismo “que si bien el ordenamiento jurídico reconoce al matrimonio la naturaleza jurídica de un acto convencional, de un contrato en los términos del citado artículo 113 del Código Civil, las especiales características de su principal consecuencia,

---

<sup>2</sup> CASTILLO, Rugeles Jorge Antonio, Derecho de familia, segunda edición, Editorial Leyer, Bogotá D.C, 2004. Pág. 6

la familia impiden aplicar a esta modalidad de acuerdo de voluntades en diversas etapas, los mismos criterios que se aplican dentro del régimen general de los actos jurídicos y de los particulares en particular.

Tampoco pueden predicarse a la responsabilidad que surge entre los cónyuges por el efecto del matrimonio los criterios determinantes de la misma en otra clase de relaciones jurídicas.”<sup>3</sup>

EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION: esta teoría, nos habla al igual que la contractualista, surgió en Francia; que dice que el matrimonio como acto jurídico es una verdadera institución que desde luego desborda la esfera de las voluntades de los esposos o cónyuges para permitirle el carácter de social.

El matrimonio como institución surge en el siglo XX y países como Filipinas acogió expresamente esta teoría desde 1949, al reconocerle “al matrimonio como una institución social inviolable”.

EL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURIDICO: Hoy en día se ha venido diciendo que el matrimonio es un negocio jurídico, entendiéndose por negocio jurídico como supuestos de hechos previstos por el derecho como comportamientos humanos positivos en intereses con efectos jurídicos”.<sup>4</sup>

La noción de negocio jurídico dentro de la elaboración de la moderna dogmática, sirve para explicar la naturaleza jurídica del matrimonio por quienes ven el matrimonio un verdadero negocio independientemente de la concepción clásica tradicional o moderna dogmática “Declaración de voluntad dirigida a producir

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional en Sentencia C-60 de 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>4</sup> SUAREZ, Franco, Roberto, Derecho de familia, Séptima Edición, Editorial Temis 1998.

efectos jurídicos o, cuando menos, efectos prácticos tutelados por el derecho como comportamientos humanos dispositivos de intereses con efectos jurídicos.<sup>5</sup>

Hoy sin timidez se habla de acto o negocio jurídico familiar para referirse a todos los acuerdos de voluntades y supuestos de hechos previstos por el derecho ocurrido dentro del ámbito familiar o derecho de familia. Es de suponer que la noción de acto jurídico y negocio jurídico afectados como legado de la legislación Italiana y Alemana, no resulta extraña para nosotros, pero hasta ahora, la doctrina civil como un contrato a la luz de nuestro ordenamiento civil.

---

<sup>5</sup> ESCUDERO, Alzate, Maria Cristina, *Práctica de familia*, Sexta Edición, Editorial Leyer 1995.

## **2. CONCEPTO, FINES Y CLASES DE MATRIMONIO.**

### **2.1 CONCEPTO DE MATRIMONIO.**

El artículo 113 del código civil define el matrimonio como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”<sup>6</sup> Para la denominada escuela institucional, el matrimonio es un contrato en cuanto a su forma, en cuanto a su apariencia, en cuanto se origina en la expresión bilateral del hombre y la mujer que los somete al estatuto legal de los casados está por encima de la voluntad de los contrayentes: es un postulado del orden jurídico, interpretado por la ley. En esencia, se trata pues de un contrato en cuanto a la forma, de un acto de institución en cuanto a su fondo o contenido.

A lo anterior esta la posición mixta que del estudio habla que el matrimonio hay una voluntad creadora de efectos jurídicos, voluntad que ésta sometida de una manera general a las condiciones que la ley civil ha impuesto para la eficacia de la voluntad contractual. Al tiempo, el matrimonio, es una institución jurídica, pues la función de la voluntad de los contrayentes está limitada o sometida a las reglas legales.

Se resuelven el debate doctrinal afirmando que el término matrimonio involucra dos conceptos distintos: por un lado la institución del matrimonio, o sea el conjunto de reglas de derecho positivo que presiden la organización social de la unión permanente de los sexos, y de otro lado, el acto jurídico de naturaleza especial que expresa la adhesión de los contrayentes a la institución del matrimonio.

---

<sup>6</sup> TAFUR, González, Álvaro, Código Civil Anotado, Editorial Leyer, Art. 113; Pág. 39

Nuestro legislador acogió con vehemencia la teoría contractual, siguiendo los lineamientos de las escuelas individualistas que le sirvieron de fundamento al código de don Andrés Bello y que consecuentemente nuestra legislación civil persiguió “ante todo garantizar los derechos individuales de los contrayentes para lo cual rodeó de particulares garantías el consentimiento matrimonial que debe prestarse de viva voz ante la autoridad que preside la ceremonia, con el lleno de las formalidades legales, pero no por ello deja de reglamentar otras condiciones del matrimonio, como la capacidad, el objeto, la causa y la forma solemne”.

En la vieja obra “se definía al matrimonio como una regulación jurídico-social de las relaciones heterosexuales y de la educación de la prole, que se traduce en una opción de vida, de hombre y mujer para convivir, procrear y ayudarse mutuamente”.<sup>7</sup>

Si seguimos la definición del código civil tenemos entonces que el matrimonio es un contrato solemne, lo que significa que no solo vasta la expresión de voluntad de las partes, sino que ésta debe expresarse de manera solemne, lo que se traduce en su celebración ante funcionario competente: Juez, Notario, Cura, Pastor, Cónsul; de la misma forma resulta claro que hay una institucionalización de la monogamia y de la unión heterosexual: un solo hombre con una sola mujer. Es decir que hasta el momento los pregones por la poligamia o la poliandria o por los matrimonios homosexuales, no tienen cabida en nuestra legislación.

## **2.2 FINES DEL MATRIMONIO.**

### **2.2.1 La Cohabitación.**

El artículo 113 del código civil “establece como el primer fin del matrimonio la comunidad de vida (vivir juntos), compartir lecho y mesa,”.

---

<sup>7</sup> HINOSTROZA, Fernando, Concordato, matrimonio y divorcio, Editorial Tercer Mundo 1974.

Como bien le dicen la *affectio Maritalis* de la que hablaban los romanos para referirse a la base material y visible de la unión, es decir, a esa voluntad continua de la pareja por permanecer unidos. El artículo 11 del Decreto 2820 de 1971 modificó el artículo 178 del c.c que establecía que “el marido tiene derecho para obligar a su mujer para vivir con el y segarle donde quiera que traslade su residencia”.

Ahora, en cambio se tiene establecido que “salvo causa justificada, los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro”.

La causa justificada no está desarrollada normativamente pro en cada caso tendría que ser el juez quien e pronunciaría sobre la justicia para la no convivencia, ya que como se recordará, el artículo 115 de c.c que contemplaba entre otras la demencia, la enfermedad contagiosa y cualquier otra desgracia semejante, como fundamento para la separación de cuerpos, fue derogada por la ley 25 de 1992.

Esta obligación, no sería exonerable por el mutuo acuerdo de la pareja porque si bien es cierto que a estos les corresponde regular por mutuo acuerdo y comprensión los diversos aspectos de la comunidad conyugal”.

Las normas que regulan el derecho de familia son de orden público, cabe decir imperativas e inexorables en los casos que reglamentan, y tal es el caso que el vivir juntos es a la vez finalidad y obligación reciprocas contempladas en la misma definición legal del matrimonio, de cuyas implicaciones no cabe la exoneración sino por vía de la autorización legal.

En los términos del artículo 113 c.c, la cohabitación o convivencia debe entenderse no solo como la presencia en el domicilio, sino también la vida marital, que apareja el deber del débito conyugal.

### **2.2.2 La procreación**

Concepto impuesto por el derecho canónico según el cual “los fines fundamentales del matrimonio son la procreación y la educación de la prole”<sup>12</sup>. el cual sigue de cerca la visión de las primitivas civilizaciones para la cual el matrimonio era un acto muy grave de la que dependía la perpetuación de la familia y de los cultos. De conformidad con esta concepción, sino existe en la pareja la intención de unirse para la procreación, el vínculo no es valido y puede anularse, ello también explica que en nuestros días la iglesia católica mantenga su férrea oposición a los métodos anticonceptivo.

La procreación comprende entonces la satisfacción a las necesidades sexuales de cara a la reproducción, pero también, y como consecuencia de ello, la crianza y la educación de la prole. Realmente en pensar la pareja o persona en casarse ya tienen presente que quieren tener hijos que para muchos es una bendición de Dios, pero para otros es simplemente casarse y no procrear por muchos motivos ya sea que no pueden tener y se limitan a solo adoptar un infante que a lo largo de los años será su felicidad plena.

### **2.2.3 Asistencia reciproca.**

Para la iglesia, la Mutuare Auditórium y el remedio a la concupiscencia constituyen fines secundarios del matrimonio, “los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrer y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida” <sup>13</sup>. Se suprimió el deber de protección que el hombre le debía a la mujer y el deber de obediencia que la mujer debía al marido, según la inicial reducción que daba el artículo 176 del c.c.



“los cónyuges deben contribuir a las ordinaria necesidades domesticas, en proporción a sus facultades, es decir, en proporción a su renta y a su patrimonio”.

Los cónyuges deben vivir en domicilio conyugal, son ellos los que deben señalar dicho domicilio en común acuerdo y tienen derecho a cambiarlo si así lo disponen, tiene que ser en comunidad, no el uno por su lado y el otro por su lado, ya que el elemento del matrimonio es la comunidad ser sincero ambos, asistirse cuando lo crean necesario y sentirse a gusto en pareja, ya que cuando uno d los cónyuges se ve forzado a trasladar su residencia por motivos laborales, solo podrá hacerlo si el otro lo conciente y hay mutuo acuerdo.

### **2.3CLASES O FORMAS DE MATRIMONIO.**

El matrimonio es un contrato solemne; esa solemnidad está precisamente determinada por la forma que en el matrimonio católico se le da a este contrato sacramento y que en la ley civil se traduce en el acta que se sienta en el despacho del Juez civil o promiscuo Municipal o en la escritura pública que se extiende ante el notario.

En una apretada reseña histórica podemos indicar que hasta el momento de la Independencia, ausencia de la corona española, regían en nuestro territorio las leyes canónicas que regulaban el derecho matrimonial. Una vez emancípalos de España, en la constitución de 1821 se acogieron como propias ls leyes que nos venían rigiendo y por ende mantuvieron su vigencia la legislación eclesiástica como normativa regulatoria del matrimonio católico a una segunda opción y así se llega a 1857 cuando se adopta el código del estado de Cundinamarca, que se había comprado del chileno, que a su turno había sido copiado del código civil

Francés (código Napoleónico) en este código laico se adoptó el matrimonio civil como obligatorio pero se le reconoció plena validez al católico.

Con la aprobación del concordato con la santa sede, la ley 35 de 1988, estableció que el matrimonio válido para los bautizados era el católico, al cual se le reconocían plenos efectos civiles. Luego la ley coneha de 1924 va a exigir la apostasía como condición para que los católicos pudieran adoptar por el matrimonio civil, situación que se mantuvo hasta 1974, cuando mediante la ley 10 se suprimió la apostasía dejando al fuero de los católicos escoger entre el matrimonio católico, al que se le seguían reconociendo plenos efectos civiles, o el matrimonio civil. En cuanto a sus efectos, el católico seguía siendo indisoluble. La ley primera de 1976, reconoció el divorcio vincular para los matrimonios civiles.

Por el decreto 2668 de 1998 se permite el matrimonio civil ante los notarios.

Determina que las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo se rigen por la ley civil, pero reconoció plenos efectos civiles a los matrimonios religiosos”<sup>15</sup>. ya no solo a los matrimonios católicos y consagró que los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley. También extiende el reconocimiento de plenos efectos civiles a las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictados por las autoridades de la respectiva religión sobre esta base, la ley 25 de 1992 admite la cesación de los efectos civiles para los matrimonios católicos y de las otras religiones, y el divorcio vincular para los matrimonios civiles; admitiéndose como causal para el divorcio, el mutuo acuerdo de los cónyuges.

En esa línea de evolución normativa, la ley 962 de 2005 y su decreto reglamentario 4436 de 2005, siempre sobre la base del mutuo acuerdo ( o del mutuo descenso, como sería más propio denominarlo) han venido a autorizar el

divorcio del matrimonio civil o la cesación de efectos civiles para los matrimonios religiosos ante notario; es a este procedimiento abreviado al que los medios nacionales han venido a denominar Divorcio Express.

El Divorcio Express según los medios ayuda a muchas parejas en Colombia para poder divorciarse en apenas unos minutos si hay mutuo consentimiento, con un simple trámite ante un notario (escribano) según una ley aprobada por el congreso para reducir las gestiones ante el estado.

La norma que agiliza el divorcio hace parte de una ley “antitramites” que fue aprobada en una sesión de la plenaria del senado (cámara alta) para eliminar más de 90 gestiones, incluyendo varias de las necesarias para crear empresa y salir al exterior.

La nueva ley establece que cuando la pareja este de acuerdo en divorciarse bastaría con que se acerquen ante un Notario para manifestar su voluntad ante escritura publica, con necesidad de recurrir a un abogado que los represente como es obligatoriamente.

Bajo el gobierno de Alfonso López (1974-1978) Colombia estableció el matrimonio civil, anulable con el correspondiente divorcio. Solo con la constitución de 1991 se admitió el divorcio para los matrimonios realizados por la iglesia católica.

Según una investigación de la privada universidad externado de Colombia, el divorcio es un fenómeno en constante aumento en el país. Según ese informe, en las generaciones nacidas a mediados del siglo XX la tasa de divorcio llegaba al 30 % mientras que en lo colombianos nacidos de 1960 a 1964 la tasa de divorcios y separaciones alcanzó a 45% de los matrimonios contraídos, con el solo hecho de acuerdo mutuo habría divorcio para descongestionar los despachos judiciales se formaron cortes y el congreso favoreció pero legalmente se le da el nombre de tramite de divorcio ante Notario.

### **2.3.1 Matrimonio Religioso.**

Con la promulgación de la ley 258 de 1992, se le conceden plenos efectos civiles a los matrimonios de todas las religiones, credos o iglesias, pero siempre y cuando la congregación o institución que lo celebre haya suscrito previamente concordato o convenio de derecho público interno con el estado colombiano y para poder suscribir esos convenios, señala la norma, las congregaciones, iglesias o religiones deben contar con personería jurídica, tener establecido un régimen matrimonial que no contrarié la carta magna y que se garantice la seriedad y la continuidad de la comunidad religiosa.

El matrimonio religioso para las parejas es uno de los más importantes y mas celebrados de todos los tiempos ya que este celebra votos para toda la vida.

### **2.3.2 Matrimonio Ante Juez Civil.**

"Se ocupan de la regulación del acto matrimonial iniciando por la inclusión de una definición en el que claramente se establece que este es un contrato solemne, es decir, un acuerdo de voluntad encaminado a producir efectos de derecho, revestido de solemnidad, lo que equivale a decir que no puede ser estatuido por un acuerdo privado, sino siguiendo los términos y procedimientos que en efecto se han establecido".

Otros de los elementos claves de la definición es que hay unos sujetos calificados como hábiles por razón de su sexo y de su edad, para celebrar el contrato matrimonial, tiene que celebrarse entre un hombre y una mujer.

La pareja que desee contraer matrimonio civil, debe manifestar su propósito ante el juez civil Municipal, verbalmente o por escrito, indicando además el nombre de sus padres o representantes legales y los nombres de los testigos que declararan sobre las cualidades necesarias en los contrayentes para poderse unir en

matrimonio civil. Igualmente informaran el lugar de residencia de todas aquellas personas.

### **2.3.3 Matrimonio Ante Agentes Diplomáticos o Consulares.**

“la ley concede validez en nuestro país a los matrimonios celebrados ante agentes diplomáticos o cónsules de países extranjeros” 17. Siempre que se llenen los requisitos exigidos, como son:

- a) que la ley Nacional de los contrayentes autorice esa clase de matrimonios.
- b) Que ninguno de los contrayentes sea colombiano.
- c) Que el matrimonio no contrarié ninguna de las disposiciones.
- d) Que el matrimonio sea inscrito en el registro del estado civil, dentro de los 5 días siguientes a la celebración.

### **2.3.4 Matrimonio Ante Notarios.**

Se les otorgo a los notarios la facultad de celebrar matrimonios civiles. En el podemos encontrar los requisitos y el trámite que debe surtirse para la celebración del matrimonio, todo lo cual debe constar en el final escritura pública que han de otorgar los responsables.” Los requisitos para la celebración del matrimonio ante el notario pueden variar dependiendo de los contrayentes, es decir, si son mayores o menores de edad, si alguno de ellos es extranjero, si se trata de segundas nupcias, si existen hijos menores de edad de precedente matrimonio de unión extramatrimonial. También prevé la legitimación de los hijos comunes de los futuros esposos.”

### **2.3.5 Diferencia entre el matrimonio civil judicial y el matrimonio civil notarial.**

Nuestro ordenamiento jurídico en aras de fortalecer la impartición de justicia y efectivizar el acceso a la administración de justicia y ha diseñado formulas de políticas de descongestión judicial, creando mecanismos alternos y paralelos a la

justicia formal, para que de manera expedita se resuelvan asuntos que antes eran competencia exclusiva de los de la Republica, entre los cuales estaba la celebración de matrimonio civil. Pero con apoyo de la ley 30 de 1987 (ley de facultades) el gobierno Nacional expidió una serie de decretos que facultan o atribuyen a los notarios está la celebración de matrimonio civil, regulado por el decreto 2668 de 1988, modificado por el decreto 1556. sin embargo, a pesar de tratarse de matrimonio civil, existen algunas diferencias y escudriñadas entre las disposiciones que las regula. Encontramos las siguientes diferencias entre la celebración de Matrimonio Civil, judicial y Notarial; ellas son:

1. El matrimonio Judicial esta regulado por el código civil y de procedimiento civil. En cambio la celebración de matrimonio civil de notario está regulado por el Decreto 2668 de 1988, modificado por el Decreto 1556 de 1989.
2. El funcionario competente para conocer de la celebración de matrimonio civil judicial es el Juez civil Municipal o promiscuo de la vecindad o domicilio de los contrayentes, a prevención (artículo 7 del Decreto 2272 de 1989 c – 12 de febrero 9 de 2000), mientras que en el matrimonio notarial, el competente para solemnizarlo es el notario del circulo del domicilio de cualquiera de los contrayentes (artículo 4 del Decreto 2668 de 1988 y sentencio c – 112 de febrero 9 de 2000).
3. En la celebración del matrimonio civil ante Juez se requiere de la intervención de dos testigos hábiles previamente juramentados (artículos 126 del código civil), mientras que la celebración de matrimonio civil ante notario no exige intervención de testigo alguno (artículo 1 del decreto 2668 de 1988 y sentencia de la corte constitucional c – 401 de Junio 2 de 1999).
4. En la celebración de matrimonio civil ante el juez competente, la fijación del edicto se hace por el término de 15 días (artículo 130 del código civil), en

cambio en el tramite notarial se hace solo por cinco (5) días (artículo 4 del Decreto 2668 de 1989).

5. La celebración del Matrimonio Civil Judicial no causa erogación para los contrayentes, es decir, es gratuito, en definición al principio de gratuidad de la justicia civil que consagra el artículo 1 del código de procedimiento Civil, mientras que la celebración del matrimonio civil ante notario es de carácter oneroso, por cuanto los contrayentes deben pagar la tarifa o arancel que señala la Ley por concepto del ejercicio de la función Notarial (artículo 9 de la resolución 7200 de 2005, artículos 218 y 223 del Decreto 960/ 70).
6. El matrimonio civil judicial se reputa perfeccionado mediante acta que será formada por los contrayentes, los testigos, el Juez y el secretario del Juzgado (artículo 135 del código civil), mientras que el matrimonio civil ante Notario se perfeccionó con la escritura pública, otorgada por los contrayentes y autorizada por el Notario (artículo 5 del Decreto 2668 de 1998).
7. En la celebración de matrimonio Civil ante Juez se permite y es legalmente admisible la oposición fundada mediante providencia que es apelable (artículos 132 y 133 del código civil); en el tramite de matrimonio civil ante Notario la presentación de oposición fundamentada antes de la presentación de oposición fundamentada antes de la celebración del Matrimonio dará lugar a la terminación del tramite notarial (artículo 8 del Decreto 2668 de 1988).
8. En el Matrimonio Judicial el acta contentiva del Matrimonio Civil debe protocolizarse ante notario (artículo 137 del Código Civil) mientras que el matrimonio notarial no requiere de las diligencia o solemnidad, sino que una

vez la escritura Publica sea autorizada se procederá a efectuar su inscripción (artículo 7 del Decreto 2668 de 1998).



### 3. HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL DIVORCIO

El divorcio es tan viejo como el matrimonio, aunque yo creo que el matrimonio es un par de semanas más antiguo, pero cualquiera puede decirlo por si mismo: en el instinto y en el ingenio del ser humano se encuentra la facultad de buscar una solución cuando se presenta un problema.

Si Moisés los hizo en los tiempos bíblicos, la ley de Moisés podía repudiar a las mujeres, que era como dar carta de divorcio, pero era un derecho solamente reconocido a los hombres. Es posible que el patriarca tomara esa costumbre de la sociedad egipcia, donde se practicaba. El mismo Abraham pidió el repudió – divorcio de Sara a pesar de que su mismo Dios le había profetizado que esta sería madre.

En la antigua Grecia el divorcio se conocía y se practicaba como forma normal de respeto a la convivencia.

En Roma, cuna de nuestro derecho civil, el matrimonio era un contrato consensual que contemplaba en su esencia la finalización voluntaria de este contrato y dio origen a conceptos que se mantuvieron en las leyes durante siglos: repodium, divortium, discidium.

Lo admitían las leyes de las doce tablas y en los últimos tiempos de la republica fue por frecuente que las matronas romanas contaban a los maridos por consulados. Juvenal satirizo a estas esposas romanas que variaban de marido mas o menos cada cinco años, y Seneca, con cierta ironía, hablaba de las damas famosas que contaba sus años por los maridos conseguidos.

En la España medieval, el fuero juzgo representaba el código territorial visigodo, que hizo desaparecer el repudio pero admitía el divorcio en toda su significación, mientras la doctrina canónica se ocupaba de mostrarlo y de implantar en sus enseñanzas un concepto nuevo: el principio de la indisolubilidad del matrimonio. Solo había una excepción la explícita autorización de la autoridad eclesiástica – anulación del matrimonio. O lo que es lo mismo: la iglesia lo admitía, pero se reservaba el derecho de decidir como y cuando se reservara el poder.

Pero en esa época, la supuesta indisolubilidad del matrimonio encontraba aun resistencia. Como ejemplo esta el divorcio de los matrimonios de las hijas del Cid: los infantes de Carrión, al llegar con ellas al Robledo de Corpes, las abandonaron después de azotarlas lentamente. El Cid pide justicia al rey y viendo aun sus ex maridos y las doñas se casan de nuevo con los infantes de Navarra y Aragón.

No fue hasta los tiempos de Alfonso X el sabio, cuando se recoge en el libro de las leyes más conocidas por las siete partidas, el principio de indisolubilidad para el matrimonio consagrado entre cristianos.

En cuanto del celebrado con arreglo a otras religiones, cabía la disolución por repudio y por divorcio. Con todo, el propio rey sabio, aunque cristiano, encontró la forma de repudiar a su esposa la doña, hija de Jaime I el conquistador. El poder si podía, en los albores de la edad moderna. El divorcio se dio definitivamente de la sociedad española con Felipe II, que promulgo lo cánones del concilio de Trento como ley del reino, seguramente irritado por lo que había pasado en Inglaterra con la doña. La primera esposa de Enrique VIII y madre de Maria Tudor, que seria la segunda mujer del rey español, así se marco definitivamente la línea a seguir a favor de lo que dijera la iglesia.

Y es que en Inglaterra se había generado un crisma religioso que llevo a un gran derramamiento de sangre en muchas luchas posteriores, por la negativa de la

iglesia a admitir el divorcio del rey Enrique VIII. Sin tener en cuenta el movimiento luterano o las implicaciones que podía tener la ruptura entre el rey y el papa, se produce un enfrentamiento que más que referirse al divorcio en sí, es una lucha de poder con Carlos I de España pariente de la reina, a cuyo poder está sometido el papa en aquellos momentos. Dando resultado Enrique VIII crea la iglesia anglicana, de la que es primer miembro, y se puede divorciar. Nuevos tiempos aunque con la revolución francesa el derecho del divorcio se discutió en todos los círculos políticos y sociales, no se consideró anulado cuando llegó la época del imperio napoleónico. El mismo emperador se divorció de su esposa la doña, a pesar de que había sido coronada emperatriz en la catedral y por el mismo obispo, la necesidad política de alianzas con Austria le llevó a un matrimonio con una princesa de Habsburgo, la más conservadora y católica de las monarquías.

En España ni siquiera se planteó el divorcio en el frustrado proyecto del código civil de 1815, ni tampoco durante un periodo tan liberal como el que siguió a la revolución de 1869, la Gloriosa.

El mismo Sagasta, político reformista en la regencia que consiguió la ley de sufragio universal, no se atreve a presentar a las cortes un proyecto de divorcio, pero si aplica para así mismo casándose con la mujer que quería aunque la raptara la misma noche de su boda con otra.

En 1931, con la proclamación de la república de España, se discute una nueva constitución, a la que seguirán algunas leyes complementarias. Entre ellas, la esperada ley del divorcio, que antes de recibir la aprobación provisional ya fue condenada como no por el episcopado español. Por primera vez se autorizaba oficialmente el divorcio en España a través de una ley.

Podían solicitarlo ambos conyugues o uno de ellos, si concurrían en que las causas determinadas que, con mínimas variantes, eran las mismas que en la ley

actual; y en su articulación se trataban los efectos en los hijos y en los bienes, los tramites y el procedimiento. Con la ley se discutió en las cortes se abogo por el principio de libertad y ante las criticas de la iglesia que se opuso con vehemencia a la ley argumentando defender a las mujeres, fue precisamente una mujer quien en un discurso remarco que no se obligaba a nadie a divorciarse y que los católicos no tenían porque llevarlo a la practica pero que debían dejar que lo obtuvieran aquellos que lo considerasen convenientes. La ley quería hacer llegar a las masas, el pueblo, lo que hasta entonces solo dejaba acceso a los privilegiados. La ley entro en vigor en 1932, pero quedo abolida en 1939 durante los años de gobierno de Franco y después de una guerra civil. España volvió a ser diferente.

Durante esos 40 años los españoles se esforzaron en sus actividades religiosas en llevar sombrero y en no manifestarse políticamente. La guerra había sido muy dura y había miedo a la represión porque la sociedad hacia manifestaciones que le implicaban no pertenecer a ningún movimiento de los perdedores de la contienda. Así que recibieron la anulación de la ley de divorcio en silencio. Fueron años de doble vida y la época del me voy a por tabaco.

Sin embargo para las clases con más influencia era fácil acceder a la anulación matrimonial previo pago.

Lo que nos toca vivir que muchos españoles hoy día, resulta cuando menos llamativo que, si la dictadura término en 1975, no se aprobara una nueva ley de divorcio hasta 1981.

Tan grande se hizo el poder de la iglesia y su influencia como para continuar limitando los derechos civiles 6 años mas. Lo que determina el nivel democrático de un país no es solo el derecho de los ciudadanos a elegir representantes, sino la capacidad de estos para hacerse eco de las necesidades sociales y la existencia de instituciones que aseguren a cada ciudadano la libertad individual. Un régimen

representativo solo tiene sentido cuando las asambleas elegidas reflejan realmente la opinión general del país y las aspiraciones de los electores. Desde que entro en vigor la ley del divorcio actual a pasar del miedo a la caos con el que nos habían amenazado se ha visto su evolución dentro de nuestra sociedad. La doble vía judicial para la separación. El divorcio no sólo ha servido para colapsar los juzgados también aumento el enconamiento, agravio, y el encarecimiento que han sufrido los ciudadanos para obtener algo que pueda resolverse en una actuación administrativa, si el proceso para casarse no lleva ningún periodo de prueba, la nueva ley llega por solicitud de los interesados y significa un avance en temas tan importantes como a protección evolucionando con el mutuo consentimiento del divorcio de ambos cónyuges, la ley que pro primera vez admitió el divorcio al vincular en el territorio nacional, la del 20 de de junio de 1853, derogada por la del 8 de abril de 1856, por el artículo 39 autorizo el divorcio por acuerdo de los consortes: el consentimiento mutuo de los cónyuges es causa de divorcio, pero, establecido motivos que lo impedían, como ser el menor de 25 años cumplidos, o la mujer menor de 21 años cumplidos, no haber transcurrido los años después de la celebración del matrimonio, haber trascurrido 20 años después de trascurrido el matrimonio, ser la cónyuge mujer de 40 años cumplidos, oponerse los padres de los conyugues.

El artículo 15 de la ley primera de 1976, modificadorio del artículo 165 del código civil, estableció la separación de cuerpo por mutuo consentimiento de los cónyuges manifestado ante el juez competente (num. 2). El artículo 4º de la misma ley, modificadorio del artículo 154 del código civil, estableció como causa del divorcio del matrimonio civil, la separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure mas de 2 años (causal 8ª), permitiendo así, indirectamente, el divorcio por mutuo consentimiento.

El nombrado artículo 6º de la ley 25 de 1992, modificando por segunda vez el artículo 154 de c.c. subrogo la causal 9ª de divorcio del artículo 4º de la ley 1ª de

1976 y en su lugar estatuyo como causa de divorcio que todo matrimonio según expresiones de la carta política como lo destaco la corte constitucional (Sentencia C-456 del 13 de octubre de 1993). El consentimiento de ambos conyugues, manifestado ante juez competente y reconocido por este mediante sentencia. El legislador había autorizado a los conyugues casados por la forma civil divorciarse ante notario (Decreto 1900 de 1989), autorización abolida por la ley 25 de 1992 (artículo 15). De esta manera la legislación admite de cierto modo el sistema divorcista indeterminado, porque aunque opta por determinar las causales del sistema divorcista determinado, lo cierto es que los cónyuges están sometidos a cargas procesales en la forma de la demanda y concurrencia personal a la audiencia sin tener que invocar motivo alguno, salvo que expresar su voluntad de querer expresar su voluntad de querer hacer cesar los efectos civiles de su matrimonio. La causa es su voluntad, como en relación con la separación de cuerpos lo había interpretado la Corte Suprema de Justicia (Sentencia, 10 de febrero de 1977, código civil edición del centenario, Pág. 117).

Legislaciones hay que expresamente rechazan el simple acuerdo de los cónyuges como causa de divorcio. Otras que adoptan el sistema indeterminado difieren al juez para que en el caso específico determinen si el problema es tan grave que decrete el divorcio. Algunas que aceptan el mutuo consentimiento con restricciones, como edad de los casados, tiempo de celebrar un matrimonio,

La causal 9ª del divorcio del artículo 6º de ley 25 de 1922 viene a constituir un reconocimiento más de la autonomía privada en las relaciones de familia, que propicio, el código del menor por ejemplo, en las obligaciones y derechos entre padres e hijos de familia en el consentimiento para la adopción, fomentando las convenciones de familia, aunque sujetas generalmente al control del funcionario público como el defensor de familia, el agente judicial y a veces el agente del ministerio público.

La ausencia de condiciones es suplida por la concreta función del juez, para la cual, y por eso, debían comparecer los casados personalmente, quien en la audiencia tenía que procurar que los cónyuges prescindieran de su pretensión y mantuvieran la unidad familiar, de cuyo esfuerzo quedará constancia en el acta.

Las partes del divorcio en sentido estricto procesal en el juicio de divorcio son parte únicamente los cónyuges (art. 157, c.c, modificado, art. 7º, la ley 1ª de 1976). Solo un cónyuge está legitimado y tiene integres para oponerse, excepcionar, contra demandar, o llamarse a conciliar, o solo los de común acuerdo pueden pretender que el juez acepte su consentimiento de divorciarse.

Como comente anteriormente en esta evolución el legislador a cambiado o proferido leyes con aspectos positivos del divorcio para los cónyuges.

El legislador al querer producir las gestiones de los despachos judiciales decidió darle poder suficiente a los notarios que bastara solo con el consentimiento de los cónyuges para si poder divorciarle que hace parte de una ley “antitramite” que fue aprobada en una sesión de la plenaria del senado artículo 34 de la ley 962/05.

“Artículo 34. Divorcio ante notario podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges por intermedio de abogado mediante escritura pública, la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio de matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a jueces por la ley.<sup>8</sup>

El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario, producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente.

Parágrafo. El defensor de familia intervendrá únicamente cuando existan hijos menores; para este efecto se le notificara el acuerdo al que han llegado los

---

<sup>8</sup> Art. 34 de la ley 962/05 del 8 de Julio.

cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con la protección de los hijos menores de edad.<sup>9</sup>

Como con la ley 25/92 fue derogada por no ser claro en sus fundamentos, y así, dejarle al juez el divorcio contencioso, el de mutuo consentimiento da pleno da pleno paso al Art. 34 ley 962/05 ya mencionado para los notarios, como la nueva ley de Divorcio.

Al mismo tiempo el artículo 15 de la ley 25 de 1992 del 17 de Diciembre nos dice que “ la presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga el art. 5º de la ley 1º de 1976 modificadorio del artículo 155 del código civil el decreto 2458 de 1988, el decreto 1900 de 1989 y las disposiciones que le sean contrarias”.( )

Al igual el decreto Numero 4436 de 2005 del 28 de Noviembre se reglamenta el artículo 34 de la ley 962 del 2005 y se señalan los derechos notariales correspondientes.

---

<sup>9</sup> Art. 15 de la ley 25 de 1992 del 17 de Diciembre.



## **4. CONCEPTO DE DIVORCIO**

La palabra divorcio viene del latín divortium, significa separación y de la voz divertere, irse cada uno por su lado, para no volverse a juntar.

### **4.1 DEFINICION DE DIVORCIO**

El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los dos esposos, ruptura que puede sólo existir por autoridad de la justicia y por causas determinadas en la ley.

También puede definirse como la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en la posibilidad de contraer otro matrimonio.

### **4.2 SISTEMAS DE DIVORCIO**

#### **4.2.1 Divorcio en sentido amplio.**

Hace referencia básicamente al divorcio- repudio que conoció el primitivo derecho romano obedece a una concepción poco desarrollada del derecho, bastada con el querer de una de las partes, generalmente el varón, para que el matrimonio se considerase terminado.

La aparición de esta forma de divorcio la explica BELLUSCIO diciendo: “Es común a una fase más o menos primitiva de la civilización en todas los pueblos y a su organización de las relaciones matrimoniales”<sup>10</sup>. La situación de inferioridad de la

---

<sup>10</sup> BELLUSCIO, Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia,. Tomo I. Edit. Depalma. Buenos Aires. P. 125

mujer dentro de ellos, puesto que estaba reducida a la categoría de cosa, apropiada por el hombre mediante la violencia o el rapto primero, y mediante la compra después, nada más natural que la posibilidad de que fuese abandonada por su dueño. De ahí que en todos los pueblos antiguos se presentase el repudio como forma ordinaria de voluntad del hombre, que lo daba por terminado con el abandono o la expulsión de la mujer.

En el sistema colombiano el código civil que rigió en el Estado Soberano de Santander, en las reformas que le introdujo al de BELLO, aparece consagrado, en sus artículos 111 y 112, el divorcio-repudio, toda vez que el matrimonio podía disolverse por la voluntad omnímoda de uno de los cónyuges. Esta especie de divorcio se mantuvo hasta cuando Colombia reunificada en Republica Unitaria, adopta como Código para toda la Nación, el de La Unión en donde desaparece el divorcio en general, como disolvente del vínculo matrimonial.

#### **4.2.2 Divorcio en sentido limitado.**

Aparece desarrollada en el derecho moderno y obedece a la fórmula según la cual en derecho las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen; y si para que el matrimonio se conformara fue absolutamente necesario el acuerdo entre los contrayentes, para destruirlo será también indispensable el mismo acuerdo, o dice la corte suprema de justicia, del mutuo disenso de los cónyuges. Aunque el divorcio en sentido limitado rigió en alguno de los Estados Soberanos, en que se dividía el país antes de la Constitución de 1886, la ley 25 de 1992 lo consagró plenamente.

#### **4.2.3 Divorcio en sentido restringido**

- **Divorcio-sanción.** Se considera que con las causales para el divorcio-sanción el legislador busca, ante todo, castigar la conducta dolosa o culposa de uno de los cónyuges que llevó a quebrar el matrimonio. Con este criterio se entiende “que todo divorcio comporta la existencia de

una falta y, por ende, sólo hay lugar a la disolución vincular cuando exista un cónyuge inocente y otro culpable, víctima de la infracción imputable al primero” Así el adulterio, los injurias, los maltratamientos de obra, son causales de divorcio-sanción siempre y cuando le sean imputables a uno de los cónyuges.

- **Divorcio-remedio.** Las causales de divorcio pueden estar concebidas ya no como una sanción sino tal como una solución que busca remediar una situación que se hace insostenible y que ha llevado a la quiebra del matrimonio; es decir, cuando existen “perturbaciones graves e irreparables de la comunidad matrimonial” se diferencia con divorcio sanción, que ya no se sanciona falta alguna, porque no existe.

#### 4.3 EL DIVORCIO EN COLOMBIA

En derecho colombiano el divorcio vincular se instituyó con la Ley 20 de junio de 1853<sup>11</sup>, conocida como ley OBANDO, que también reglamento el matrimonio civil. Esta ley consagraba el divorcio vincular por mutuo acuerdo el que posteriormente con la ley 1 de 1976, no se logró en forma directa sólo se adoptó nuevamente con la ley 25 de 1992 el mutuo acuerdo de los cónyuges en la vigencia de la ley 20 de junio de 1853, no era válido para el divorcio cuando se tratará de varones de 25 años y mujeres menores de 21 años, o cuando la unión matrimonial tenía una vigencia de 20 años o más, tampoco cuando la cónyuge fuera mayor de 40 años y cuando los padres de los cónyuges se opusieran.

El divorcio vincular, consagrado en la ley OBANDO, tuvo vigencia efímera ya que el artículo cuarto de la Ley 8 de 1856<sup>12</sup> lo abolió. A partir de ese momento el

---

<sup>11</sup> Ley 20 de Junio de 1853. Ley Obando.

<sup>12</sup> Ley 8 de 1856. Art. 4º.

matrimonio fue disoluble tan solo por la muerte de algunos de los cónyuges o por la nulidad judicialmente declarada.

Luego el 26 de mayo de 1873, se acogió como código civil de la unión, que era el mismo de ANDRES BELLO redactado para republica de chile y que ya había sido adoptado por el estado soberano de Santander el 12 de octubre de 1858 el 8 de enero de 1859, por el de cundinamarca y los otros estados soberanos.

El código del estado soberano de Santander aprobó reformas radicales al código de chile reformas que recayeron en especial sobre aspectos importantes de la familia, esponsales, matrimonio, disolución, etc.

Referente a lo que respecta al divorcio, los artículos 111 y 112 de este código disponía:

“El matrimonio se disuelven por la muerte o por la voluntad de uno de los cónyuges no podrá disolverse:

- Si el varón es menor de 25 años y al mujer menor de 21
- Cuando no han transcurrido dos años después de celebrado el matrimonio”<sup>13</sup>

Posteriormente este mismo código, el del estado soberano de Santander, se vio adicionado con la ley 7 de noviembre de 1868 para darle eficacia a toda especie de matrimonio religioso siempre y cuando se inscribiera ante notario.

Fue el código civil de la unión, cuya jurisdicción empezaba en los territorios nacionales y a los asuntos de la competencia del gobierno general, el que terminó con la adopción para toda la republica de Colombia en 1887. En este estatuto

---

<sup>13</sup> Código del Estado Soberano de Santander. Art. 111 y 112.

desapareció el divorcio vincular con la disposición del artículo 152 que decía: el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges y el artículo 153 el divorcio no disuelve matrimonio pero suspende la vida en común de los casados que se mantuvo hasta la expedición de la ley 1 de 1976 que trajo el divorcio vincular.

#### **4.4 LEY PRIMERA DE 1976**

Durante el proyecto de ley del matrimonio civil y del divorcio que posteriormente vino a ser la ley 1 de 1976, se presentó la polémica en 2 grandes tesis:

- La de los divorcistas
- La de los antidivorcistas esta presidida por la iglesia católica que tienen como principio general aunque no absoluta, la indisolubilidad matrimonial por causas distintas a la nulidad y al muerte de uno de los cónyuges.

Para la iglesia católica el matrimonio no solamente es un contrato sino un sacramento, esta naturaleza la determinó el concilio de Trento en 1563, al tiempo que fijo el principio de la indisolubilidad del matrimonio, la que ha mantenido hasta estos tiempo a través del código canónico condujo al legislador colombiano, respetar la legislación canónica, en la ley 1 de 1976, aprobara el divorcio vincular pero solo para el matrimonio civil, continuando indisoluble el matrimonio religioso por causas distintas de la nulidad y a la muerte lo cual perduro hasta el año de 1992 cuando entro a regir la ley 25 de 1992 que introdujo la figura de la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos.

En el sistema colombiano, el legislador de 1976 concibió el divorcio vincular en sentido restringido, al señalar nueve hechos que considero suficiente graves para

disolver el matrimonio civil sin embargo en forma velada, consagro el divorcio limitado pues el mutuo acuerdo de los cónyuges otorgado dentro de ciertas modalidades para impetrar el divorcio.

De acuerdo al artículo 154 del código civil fue derogado por el artículo 3 de la ley 1 de 1976, quedando el título del divorcio y de la separación de cuerpos, sus causas y efectos.

Son causas de divorcio:

- Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o personado.
- El grave e injustificado incumplimiento por parte de algunos de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre.
- Los ultrajes, el trato cruel y el trato con violencia de obra, si con ello peligr la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges o de sus descendientes, o se hacen imposibles la paz y el sosiego doméstico.
- La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
- El uso habitual e intensivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción medica.
- Toda la enfermedad o anormalidad grave o incurable, física o síquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro, o imposibilite la comunidad matrimonial.

- Toda conducta de uno de los cónyuges a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.
- La separación de cuerpos, decretada judicialmente que dure más de dos años.
- La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común, de uno de los cónyuges, que el juez que conozca del divorcio califique como atroz o infamante.

#### **4.5 LEY 25 DE 1992**

Las causales de divorcio contempladas en el artículo 154 del código civil fueron modificadas nuevamente por la ley 25 de 1992, pero el legislador estimó conveniente mantenerlas, para decretar el divorcio, las mismas causales que consignó la ley 1 de 1976, teniendo en cuenta el desarrollo que estos han alcanzado dentro del ámbito de la jurisdicción y la doctrina de manera que se hacen extensivas a la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. Los cambios fundamentales se dieron en la causal tercera en cuanto se limitó a los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra a una responsabilidad objetiva, eliminando las condiciones subjetivas que consagraba la anterior legislación que con ellos peligraron la salud, la integridad corporal a la vida de alguno de los cónyuges, o de sus descendientes o la imposibilidad de la paz y el sosiego doméstico, la causal octava la cual se amplió para dar cabida a la separación de hecho de los esposos que perdure más de dos años, la causal novena que pues eliminó la condena privativa de la libertad personal originada de delitos comunes calificados como atroces o infamantes para consagrar como motivo de divorcio el consentimiento de ambos cónyuges con la condición de que

se ha manifestado ante el juez de familia y reconocido mediante sentencia por éste.

Con la aprobación de la constitución del 1991 surgió una inquietud en la aplicación del inciso octavo del artículo 42, según el cual los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil esto en cuanto a la oportunidad de su aplicación frente al matrimonio religioso.

#### **4.6 CARACTERÍSTICAS DEL DIVORCIO EN COLOMBIA**

Son características del divorcio en Colombia las siguientes:

- Toda causal de divorcio, sin importar su naturaleza, exige ser acogida y estimada por una sentencia judicial. No hay divorcio por escritura pública, pues el decreto 1900 de 1989 que lo permitía fue derogado por la ley 25 de 1992.
- El legislador de 1992 a diferencia del de 1976 concibió el divorcio en sentido limitado señalando un conjunto de hechos graves para solicitar el matrimonio civil o para cesar los efectos civiles del religioso, consagró el mutuo acuerdo de los cónyuges como causal autónoma del divorcio
- En cuanto a las causas de divorcio, ambas leyes ley 25 de 1992 y ley 1 de 1976, no acogió una sola concepción sino que mezcló divorcio sanción con el divorcio remedio pero con mas preponderancia del divorcio sanción
- Con la vigencia de la ley 25 de 1992 las causales de divorcio dejaron de ser facultativas para convertirse en perentorias por lo que frente a la plena



prueba legal y oportunamente aportada al proceso, al juez no le quedará otro camino el divorcio impetrado.

- Todas las causales de divorcio requieren demostración, y para tal efecto es suficiente la sola confesión de los cónyuges sobre los hechos constitutivos de la causal invocada, es suficiente para acceder al divorcio.
- Los hechos que motivan el divorcio son taxativas pues sólo operan los indicados expresamente en la ley, los cuales son así en cuanto marcan los géneros de hechos que los pueden originar, pero tales hechos son dúctiles, abarcan una infinidad de especie por lo que la taxatividad sólo excluye los hechos que no alcanzan gravedad suficiente y deben quedar comprendidos dentro del margen de tolerancia recíproca que estable exigir a los cónyuges.

En cuanto a los hechos constitutivos de las causales de divorcio deben ostentar exigencias como:

**Imputabilidad:** Se refiere a las causales de divorcio sanción en la cual se busca castigar una conducta

**Invocabilidad.** El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivaron y nunca por el cónyuge que con su conducta estructuró los hechos constitutivos de la causa de divorcio alegada

**Ultra matrimonial.** Los hechos para solicitar el divorcio deben ocurrir con posterioridad a la celebración del matrimonio. Si ellos son cometidos a su nacimiento, la acción debe ser nulidad si es las circunstancias contempladas en la ley.

## **5. DIFERENCIA ENTRE EL DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL**

El divorcio es un instituto jurídico mediante el cual un matrimonio válidamente celebrado, se disuelve por hechos graves que se suscitan con posterioridad a su celebración en cambio la nulidad deja sin efectos el matrimonio por causas congénitas, esto es, existentes al momento mismo del nacimiento del matrimonio

El divorcio surge para matrimonios válidamente celebrados y la nulidad se refiere a matrimonios inválidamente celebrados

Para el Tratadista HINESTROSA :

La diferencia entre estas dos figuras es que la Nulidad es una sanción legal aplicada judicialmente, consistente en la privación de todos los efectos a una actuación particular que contraría profunda y gravemente las normas fundamentales, en los términos y por los conceptos prevenidos en la misma ley, lo que significa la respuesta a una irregularidad inicial o congénita del matrimonio, en cambio el Divorcio es la cesación total de los efectos del matrimonio debida al surgimiento posterior de ciertos hechos, también legalmente enunciados, incompatibles con la continuidad del matrimonio en si o de la vida conyugal decretada según los distintos ordenamientos, por la autoridad judicial, o por los solos cónyuges con o sin la aprobación de aquellas.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> HINESTROSA FORERO, Fernando. Concordato, Matrimonio y Divorcio. Ed. Tercer Mundo. Bogotá.2002. p. 89

## **5.1 CLASES DE DIVORCIO**

De acuerdo con las causales de la ley 25 de 1992, artículo 6 numeral 9, al divorcio puede llegarse mediante dos modalidades:

### **5.1.1 Divorcio mutuo acuerdo.**

Es un procedimiento judicial más rápido y sencillo, basta con acompañar a la demanda (la cual puede ser presentada por los 2 cónyuges o por uno solo de ellos con el consentimiento del otro).

El juez velará los intereses de los menores y por el respecto de los acuerdos firmados por los cónyuges. Aunque el divorcio sea consensuado o de mutuo acuerdo, en la demanda deberá indicarse la causa en la que se basa la petición de divorcio, normalmente el transcurso de un año desde la fecha de la sentencia de separación o el de dos años desde la separación de hecho libremente consentida.

### **5.1.2 Divorcio contencioso.**

Se solicita por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, porque para acceder a disolución del vínculo el actor debe probar que el demandado incurrió en la causa prevista en la ley y este como sujeto pasivo de la contienda, puede entrar a demostrar, con la plenitud de las formas procesales que no incurrió en los hechos atribuidos o que no fue el gestor de la conducta. En este caso el juez debe entrar a valorar lo probado y resolver si absuelve al demandado o si decreta la disolución.

Este es un procedimiento largo, complejo y con un importante costo no sólo económico sino también personal para ambas partes dependiendo de las circunstancias del caso, es posible tramitar con carácter.

## 5.2 CAUSALES DE DIVORCIO

El artículo 6 de la ley 25 de 1992<sup>15</sup> modificó el artículo 154 del código civil, que había sido modificado por la ley 1 de 1976 según esta norma las causales de divorcio son:

- Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.
- El grave injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.
- Los ultrajes, el trato cruel y los maltratos de obra.
- La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
- El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.
- Toda enfermedad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.
- Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo hecho.

---

<sup>15</sup> Ley 25 de 1992. Art. 6º.

- La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos (2) años.
- El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.

### **5.2.1 Causal primera.**

Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que le demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.

Esta causal es la misma que había sido prevista en el inciso 1 del artículo 4 de la ley 1 de 1976, y el decreto 2820 de 1974<sup>16</sup> “los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida.

Existe reciprocidad de obligación de los consortes es tan importante para el legislador, que dudó en fijar primer lugar, la conducta contraria como forma de poner en quiebra la comunidad matrimonial y por tanto como causal de divorcio. El legislador de 1992 habló genéricamente de “relaciones sexuales extramatrimoniales” sin que especifique al acceso carnal o si cubre también otros actos eróticos sexuales.

La doctrina colombiana estuvo dividida, tratadistas que piensan lo contrario el profesor VALENCIA ZEA “siguiendo las orientaciones alemanas y canónicas se requiere la consumación completa del acto carnal en sentido en que lo toman los canonistas “como penetración del miembro viril con la consiguiente eyaculación de un modo natural dentro de los órganos genitales de la mujer”<sup>17</sup> para el Doctor

---

<sup>16</sup> Decreto 2820 de 1974; Ley 1 de 1976, Art. 1º.

<sup>17</sup> VALENCIA ZEA, ARTURO. Derecho de familia, Tomo v, Sexta Edición, Editorial, Temis, Bogotá, Colombia. p.112

SUAREZ FRANCO: “admite como relación sexual no solo el acceso, sino también todo otro acto lúbrico o erótico sexual.”<sup>18</sup>

Estas posiciones se deben rechazar, por cuanto en lo penal se hace distinción del acceso carnal y actos eróticos sexuales.

Con la ley 25 de 1992 cambio la expresión relaciones sexuales extramatrimoniales, por la de “infidelidad matrimonial, por ser más amplio abarca tanto la infidelidad material como la moral. La infidelidad moral ha venido siendo aceptado por la jurisprudencia de la corte suprema de justicia como causal de divorcio pero con fundamento en al causal tercera, como modalidad de ultraje o injuria grave.

Lo que respecta al divorcio, la causa que el legislador ha tenido en cuenta no ha sido tanto la relación sexual con adulterio; por eso se afirma que para su tipificación de esta causal debe probarse el acceso carnal venéreo del casado con persona distinta a su cónyuge, sin importar si fue completa o no, es decir, si culminó con eyaculación. Pero para el tratadista DEVIS ECHANDIA: “para que se produzca la causal primera, basta con un adulterio, estima que “relaciones sexuales”, en plural, existen cada vez que un hombre y una mujer ejecutan el acto sexual”<sup>19</sup> esta tesis donde se necesita más de un adulterio, es un error jurídico y moralmente poniendo la imposibilidad de impetrar la causal primera en el sentido que se requiere dos o más actos sexuales de uno de los cónyuges con persona distinta del otro.

Tampoco se tipifica la causal en estudio, cuando uno o ambos cónyuges incurran en actos masturbatorios con o sin el empleo de objetos o cosas, por tanto en

---

<sup>18</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia, Editorial. Temis, Bogotá, Colombia.p.206

<sup>19</sup> ECHANDIA DEVIS, Hernando. Errores y absurdos de la Nueva Ley de Divorcio en Revista Derecho Colombiano. T. XXXII, enero de 1976, num, 169. p.10

dichos actos llamados solitarios, no existe verdadera relación, al igual que no se constituirá el adulterio en el caso patológico de la necrofilia, estos podrían caer en la causal tercera, ya que lesiona el decoro y atenta contra la dignidad del otro, en cambio los actos de bestialismo, por haber verdadera relación, sí hace parte de la causal primera.

**Prueba de las relaciones sexuales.** Por tratarse de hechos que tocan la privacidad de las personas, no es fácil aportar prueba directa, deben admitirse como acreditadas las relaciones sexuales a través de presunciones siempre y cuando sean graves, plurales y concordantes. La prueba de las relaciones sexuales debe excluir del ánimo del juzgador toda duda razonable, para poder decretar el divorcio.

Los hechos constitutivos de esta causal podían ser enervados por el demandado si demostraba que el cónyuge demandante los consintió, facilitó, perdonó.

La corte constitucional mediante sentencia c- 660 de 8 de junio de 2000 quien declaró inexecutable la expresión “salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado” que hace parte del numeral 1 del artículo 154 del código civil, la corte constitucional se fundamentó en que atribuirle al perdón o al consentimiento que haya prestado uno de los miembros de la pareja a las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro, un efecto como le asigna la norma demandada, le legislador se está inmiscuyendo en el fuero íntimo de los cónyuges, en el devenir de sus emociones y sus afectos es un esfuerzo por adecuarse en un momento dado a las conductas de su pareja. De esta manera a esfuerzos propios de una relación esencialmente mutante y vital unos definitivos e ignora que estas formas de aceptación y justificación de conductas ofensivas que en muchos casos puede ser admitidas por el ofendido sin que él tenga real conciencia el daño que se ha sufrido. Conciencia que puede cobrar fuerza con el paso de los años y transformar en intolerable lo que en otro momento se consideró

aceptable o justificable. Se contraría, el Art. 1115 de la CN, que dispone “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar”, la cual es deber del estado respetar y hacer respetar.

También, de la decisión íntima de perdonar las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro, dice la corte, no puede derivarse para quien las padece, la consecuencia de perder el derecho a intentar la reestabilización de su vida mediante la declaración de divorcio porque puede ocurrir que la actitud de perdonar no incluya la intención de mantener la vida en común.

Norma esta que contraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges y su libertad de conciencia al valorar actitudes individuales o conjuntas propias de la intimidad de la pareja, así estas consistan en facilitar, consentir, perdonar las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro.

Esta causal tiene un plazo de caducidad de un año, contado desde que el cónyuge haya tenido conocimiento de las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro. Sin embargo, el plazo máximo para alegar esta causal es de dos años desde que ocurrieron los hechos.

### **5.2.2 Segunda causal.**

“El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”.

Con la vigencia de la ley 25 de 1992 no sufrió cambios alguno el legislador toma al marido y a la mujer en su doble condición, de padre y madre y de cónyuge; cada uno de estas calidades conlleva graves e insoslayables obligaciones entre sí, están obligados a cohabitar, a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse en todas las circunstancias de la vida; frente a los hijos tiene obligaciones como la crianza, alimentos, educación, y establecimiento.



La causal en estudio no mira exclusivamente el abandono físico de parte de uno de los matrimonios del hogar, ella presenta un contenido conceptual amplio.

La ley califica el incumplimiento como “grave e injustificado”, lo que quiere decir que no todo abandono es relevante frente al divorcio. “cuando la ausencia del hogar conyugal, la corte dice, tiene justificación en la conducta del demandante, no hay lugar a decretar la separación.

Las causa de justificación del incumplimiento las debe alegar y probar el demandado por la vía de las excepciones.

El abandono e corresponde probarlo a quien lo invoca y la justa causa a quien la alega.

### **5.2.3 Causal tercera.**

“Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra”

La ley 25 de 1992 simplificó la causal en al ley 1 de 1976 exigía que las injurias o lo maltratamientos de obra pusieran en peligro la vida, la salud o la integridad personal de uno de los cónyuges o de sus descendientes, o que se hicieran imposibles la paz y el sosiego doméstico. En cambio con la ley 25 de 1992 no exige que los ultrajes o el trato cruel o los maltratamientos de obra pongan en peligro la salud, la integridad física o la vida de uno de los cónyuges o de sus descendientes por cuanto dentro del concepto del mutuo respeto que se deben los cónyuges, estos aspectos resultaban indiferentes dichas actitudes, por parte de uno de ellos, desquician la unidad matrimonial y hacen imposible la tranquilidad del hogar.

Esta causal tiene tres conductas diferentes e independientes, por lo que con la configuración de una de ellas se tipifica.

En cuanto a los ultrajes:

El Doctor VALENCIA ZEA<sup>20</sup>, dice que los ultrajes que un cónyuge hace otro y pueden ser de palabra o de hecho para la corte son aquellas ofensas o menoscabos, que proviniendo de hechos aislados, o de actitudes más o menos prolongadas en el tiempo, importan agraviar el honor, el sentimiento de íntimo decoro a los que cualquier persona, por el hecho de ser tal, tiene derecho incuestionable, desde luego en la medida en que, tanto por su trascendencia como por su intimidad, los cuales revisten gravedad y hasta el punto que, para el cónyuge ofendido hagan imposible continuar la comunidad de vida con el ofensor.

**a) Gravedad del ultraje.** La ley no exige que el ultraje sea grave.

**b) singularidad de la injuria.** El legislador sería cruel si dispusiera que para que se configure la causal se requiera de varios ultrajes y que pro lo tanto el primero, por más que sea, no valga.

Un solo ultraje puede ser suficiente, para que se decrete el divorcio, y cuando sea lo suficientemente grave como para poner en quiebra la comunidad matrimonial o hacer imposibles la paz y el sosiego domésticos

Para la estructura de esta causal la corte suprema de justicia, nos se requiere de la concurrencia copulativa de los ultrajes, el trato cruel y el maltrato de obra ni que tales actos se manifiesten en forma estable y frecuente; un solo ultraje, un único trato cruel, un mero maltrato puede servir de soporte suficiente para que haya lugar al divorcio”.

---

<sup>20</sup> VALENCIA, Zea. Op.Cit. p.126

**c) formas de ultraje.** Un cónyuge puede herir las justas susceptibles del otro de las más diversas maneras: bien sea de palabra, por escrito o de hecho. No hay duda de que ciertas palabras o expresiones destempladas dentro de determinadas capas sociales, pueden conllevar un ultraje, hiriendo la dignidad del otro cónyuge. También podrían ser empleadas para ultrajar.

**d) el ánimo de ultrajar.** Para que se estructure la causal en estudio es necesario que exista el “animus injuriando”, esto es, el propósito expreso de atentar contra la dignidad del cónyuge esta tesis no la comparte el Doctor CASTILLO RUGELES por cuanto la imputabilidad puede tener, como causal el dolo o la culpa; para BELLUSCIO “no es necesario que el acto se ejecute y con atención de dañar sino basta que lo sea voluntariamente, es decir, con discernimiento y libertad, lo que es suficiente para responsabilizar de las consecuencias de los actos ilícitos a su autor.”<sup>21</sup>

**En cuanto al trato cruel.** El Doctor VALENCIA ZEA es la conducta desconsiderada hacia el otro cónyuge, por su parte el Doctor SUAREZ FRANCO dice, “que el trato cruel puede comprender actos físicos o actos de carácter moral, en la forma como se hall redactada la causal, padece que el trato cruel, afirma este autor, se refiere a los actos de carácter moral, ya que los de carácter físico se entiende comprendidos en los maltratamientos de obra”<sup>22</sup>.

La conducta cruel de uno de los cónyuges para con el otro, a la forma de portarse que mira a una manera de ser, un temperamento, siendo necesario, que exista el propósito de hacer sufrir moralmente al otro cónyuge.

No debe confundirse con el maltratamiento de obra, pues este comprende actos físicos que hacen sufrir materialmente a la víctima, al paso que el trato cruel es

---

<sup>21</sup> BELLUSCIO, Augusto. Op.Cit. p. 214

<sup>22</sup> SUAREZ FRANCO, Op. Cit. 132

más que todo de carácter moral; tampoco debe confundirse con los ultrajes porque para que estos se estructuren no se requiere el propósito de hacer sufrir, mientras que el trato cruel si exige tal intención constituyéndose en uno de sus elementos esenciales.

**En cuanto a los maltratamientos de obra.** No requiere la crueldad aunque en ambas puede ser común el propósito de hacer sufrir, por lo que se considera al maltrato de obra coincide con lo que se conoce como agresiones físicas, lesiones personales, palizas.

**Casos en que se presenta.** Se presenta en las agresiones físicas, en las lesiones personales.

**Condicionabilidad.** Quedó suprimida por lo que no se exige demostrar un efecto dañino proveniente de la conducta en estudio para que se configure la causal, limitándose a una responsabilidad objetiva

#### **5.2.4 Causal cuarta.**

“La embriaguez habitual de uno de los cónyuges”.

La embriaguez como causal de divorcio, se halla calificada por la habitualidad, lo que corresponde determinarlo al juez dentro del poder discrecional de que dispone.

La afirmación que se requiere la beodez sea crónica, lo cual a contrario sensu, que un acto aislado de alcoholismo de uno de los cónyuges, no configura esta causal; el legislador no exige que se desprendan ciertas y determinadas consecuencias como si ocurría antes de la ley 25 de 1992, la embriaguez conlleva efectos dañinos para la salud del cónyuge afectado, para su descendencia, para la

tranquilidad, la paz y el sosiego domésticos y, por regla general, para las finanzas o al economía del hogar.

Para el tratadista VELEZ, “tiene por objeto librar a un cónyuge de los tormentos continuos que deben hacer la vida en común con un ebrio consuetudinario que hasta puede poner en peligro la vida del esposo inocente y de los hijos.”<sup>23</sup>

Esta causal puede demostrarse no importa por qué medio de prueba; la corte estimo sobre el punto, que no se precisa de prueba pericial médica “la demostración de la afición habitual al licor no requiere de una prueba científica o pericial, puesto que puede establecerse por medios diferentes como la testimonial, y así lo ha entendido la doctrina.

Es una causal específica no permite involucrar dentro de sí a otra u otras causales, así ésta pueda hallarse contenida en otras, como el abandono, o la de los ultrajes, se halla concebida sobre el criterio de divorcio-sanción.

#### **5.2.5 Causal quinta.**

“El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción medica”.

Fue consagrada como causal de separación o de divorcio con la ley 1 de 1976, época en que empezó a sentirse la problemática de la droga, circunstancia esta que dio origen a que el legislador del de ese año vio la necesidad de adoptarla como causal de divorcio.

Con la ley 25 de 1992 se refiere no solo al consumo si no también al uso de sustancias alucinógenas o estupefacientes.

---

<sup>23</sup> VELEZ, Fernando. Estudio sobre Derecho Civil Colombiano. Imprenta París – América. Paris. 1926.p.126

Al igual que la causa anterior, el legislador califica el consumo de habitual, lo que tiene que ver con la dependencia; se habla de farmacodependencia, es decir, del estado de ansiedad que hace que se acude a la droga con regularidad.

El Doctor SUAREZ FRANCO, “esta causal comprende, en primer término, a aquellas personas que se dedican a ingerir sustancias alucinógenas o estupefacientes, pero de manera expresa exige que ese uso o consumo sea habitual, es decir, implique utilización repetida y continuada de tales sustancias”<sup>24</sup>.

La excepción contemplada la parte final de la causal quinta del Art. 154 del CC, se halla plenamente justificada; si las sustancias alucinógenas o estupefacientes son aplicadas por prescripción médica.

El juez debe cerciorarse que el consumo de sustancias alucinógenas sea habitual para lo cual podrá decretar un dictamen médico legal.

A quien aduce la causal le corresponde la carga de la prueba.

Esta causal tiene un de caducidad de un año contado a partir desde cuando sucedieron los hechos, por tratarse de un acto no aislado sino que requiere de una continuidad se consumirá la caducidad a partir del último hecho o cuando ellos cesaron.

#### **5.2.6 Causal sexta.**

“Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial”.

---

<sup>24</sup> SUAREZ FRANCO, Op. Cit. p. 179

Esta causal se fundamente en el divorcio-remedio, puesto que el cónyuge que ha tenido la desgracia de perder la salud física o psíquica en forma grave incurable, por este solo hecho no incurre en conducta dolosa o culposa para que se le “sancione” con el divorcio.

Esta circunstancia de divorcio “no alude a cualquier enfermedad o discapacidad. No basta para pretender la disolución del vínculo matrimonial con que uno de los cónyuges éste enfermo o se vea afectado por una discapacidad. La obligación conyugal de socorro y ayuda es exigible especialmente en situaciones como estas que afectan a uno de los miembros de la pareja. En esta circunstancia de debilidad o necesidad donde adquiere mayor trascendencia la obligación del cónyuge sano de prestar socorro y auxilio al otro. Tampoco basta que la enfermedad o discapacidad sea grave. El legislador ha estimado que el deber conyugal de cuidado y ayuda es exigible aun en caso de enfermedad o discapacidad sea severa. Esto supone que así la carga impuesta al cónyuge sano sea pesada en atención a la gravedad de la enfermedad y a los efectos de ésta sobre la vida en común, la significación de la obligación de socorro y ayuda en estas circunstancias es aún mayor, lo que explica que el legislador haya optado por una exigencia regulación legal en materia de divorcio para estas hipótesis.

Para que se configure la primera condición contemplada por el legislador para admitir el divorcio se requiere en primer lugar que además de la gravedad de la enfermedad o discapacidad, ella sea incurable, se requiere la existencia de una afección que tienen vocación de permanencia e irremediabilidad, en segundo lugar no basta que la enfermedad o anormalidad sea grave e incurable, sino que la ley exige que se produzca los efectos de poner en peligro la salud psíquica o física del otro cónyuge y que, imposibilite la comunidad matrimonial, y como tercer requisito se requiere que la situación afecta severamente el proyecto de vida familiar hasta que la comunidad de vida se hace imposible. De esta manera el legislador ha querido proteger la autonomía de la persona quien, deseando al

mantener la comunidad matrimonial, frente la imposibilidad fáctica de hacerlo, ya que la enfermedad o discapacidad grave e incurable además de amenazar su salud impide la vida en comunidad matrimonial. El legislador considera razonable no exigir a la persona del cónyuge permanecer casada.

Es importante que el legislador haya consagrado como causal de divorcio la enfermedad de uno de los cónyuges, circunstancia que deben expresarse la solidaridad, socorro y ayuda, a que por ley se hallan obligados los desposados, el cónyuge sano que viendo postrado en lecho de enfermo a sus marido o mujer inicie la acción de divorcio, está faltando en la salud o en la enfermedad, en la tristeza o en la alegría y si la pérdida de la salud le es suficiente al otro para pedir el divorcio, es porque realmente no existe solidaridad; el Doctor SUAREZ FRANCO es contrario a que “todo sentido de solidaridad humana el que un cónyuge que ha vivido con el otro durante muchos años, y por hechos que no son de su incumbencia, llegue a sufrir una grave enfermedad, se le agregue a ello una acción de divorcio por parte de su otro cónyuge por ese solo hecho, el de haber contraído una enfermedad grave e incurable.”<sup>25</sup>

La corte constitucional dice que “podría pensarse que esta causal de divorcio es contraria al deber constitucional de solidaridad, lo que supondría la existencia de un deber de permanecer, pese a todo, casado. Este no es el alcance del Art. 95 de la CN, cuando no exige, no mantener una relación jurídica o un vínculo matrimonial, sino realizar acciones “con acciones humanitaria ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, la función del deber de solidaridad que se expresa en las relaciones conyugales, cuando se señala que una de las finalidades del matrimonio está constituida por el auxilio mutuo que se deben el hombre y la mujer que libremente deciden casarse no supone que, ante la existencia de circunstancias que configuran alguna de las causales de divorcio definidas por la ley, los cónyuges deban permanecer casados.

---

<sup>25</sup> SUAREZ FRANCO, Op.Cit. p.214



Comparada la redacción actual de esta causal con la de la ley 1 de 1976, que la ley 25 de 1992 cambio la expresión “salud moral”, por el de “salud mental” con lo cual se le dio precisión a la mentada causal.

Para que haya una adecuación típica de la norma, se requiere, en todo caso, la concurrencia copulativa de tres requisitos:

- Que el perito médico dictamine que se trata de una enfermedad grave e incurable,
- Que dicha enfermedad o anormalidad conlleve un peligro para la salud mental física del otro consorte,
- Imposibilite la comunidad matrimonial, aspectos todos estos que, le corresponde al demandante demostrar plenamente.

Los cónyuges deben ayudarse en caso de necesidad o desgracia, excepcionalmente, y si se dan los requisitos concurrentes respecto de la enfermedad o anormalidad grave, se puede impetrar el divorcio. La concurrencia de tales requisitos es algo que el juez debe indagar teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias del caso.

Respecto al pago de alimentos, en principio no habrá lugar a ellos dada la naturaleza de la causal que se comenta, toda vez que no existiría cónyuge culpable.

Sin embargo mediante sentencia C-246 del 9 de Abril de 2002<sup>26</sup> Magistrado Ponente Manuel José Cepeda sostienen que el cónyuge divorciado que tenga enfermedad o anormalidad grave o incurable, física o síquica, que carezca de medios para subsistir autónoma y dignamente tienen derecho a que el otro cónyuge le suministre los alimentos respectivos aunque en la legislación civil no

---

<sup>26</sup> Sentencia C-246 del 9 de Abril de 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda. p.12

prevé específicamente esta posibilidad teniendo en cuenta que cuando se invoca esta causal no hay propiamente un cónyuge culpable y otro inocente. No obstante, en las normas vigentes sobre alimentos se encuentran criterios que pueden ser aplicados por analogía por el juez competente en cada caso, criterios como:

**a) CRITERIO DE NECESIDAD:** si el cónyuge enfermo o anormal no necesita de los alimentos para subsistir de manera digna y autónoma, no tiene derecho a exigirlos. Pero si éste necesita tales alimentos para dicho fin, tendrá derechos a ellos en una cuantía razonable con el propósito de asegurarle la vida digna con las limitaciones derivadas de su enfermedad o anormalidad.

**b) CRITERIO DE CAPACIDAD:** El monto de los alimentos ha de guardar relación con la capacidad económica del alimentante. Así el alimentante no puede ser obligado a pagar una suma desproporcionada a su condición socio-económica y sus ingresos.

**c) CRITERIO DE PERMANENCIA:** Dado los avances de la medicina y de la ciencia la situación del alimentado puede cambiar de manera que las condiciones que le hacen imposible subsistir digna y autónomamente sin los alimentos disminuyan en la cual la cuantía de los alimentos podrá bajar o desaparezca el pago de alimentos al alimentado.

Entonces para la corte es claro que se necesario condicionar la constitucionalidad de que el cónyuge divorciada que tenga enfermedad o anormalidad grave e incurable física o síquica, que carezca de medios para subsistir autónoma y dignamente, tiene derecho a que el otro cónyuge le suministre los alimentos respectivos, sin que ello excluya la realidad voluntaria de prestaciones personales de éste en beneficio del cónyuge enfermo o anormal. También afirma la corte que los cónyuges divorciados pueden definir de mutuo acuerdo si se dan las condiciones anteriormente mencionadas cual ha de ser el monto de los alimentos

y de que manera se hará el seguimiento a la evolución de la situación de cada uno. En caso de que no se llegue a un acuerdo, se podrá acudir a la justicia por las vías procesales que ofrece el ordenamiento jurídico en materia de alimentos. De acuerdo con lo expuesto la corte concluye que las condiciones para que se configure la causal 6 de divorcio son concurrentes. No basta que la enfermedad o discapacidad grave e incurable de uno de los cónyuges afecte la salud física o mental del otro cónyuge. Tampoco basta que dicha enfermedad o discapacidad haga imposible la comunidad matrimonial la ocurrencia de una solo de estas condiciones es insuficientes para invocar el divorcio, ambas condiciones deben concurrir para que el juez pueda declarar la disolución del vínculo matrimonial, con lo que el legislador ha hecho bastante exigirle el divorcio por razones de enfermedad o discapacidad.

#### **5.2.7 Causal séptima.**

“Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo”.

Esta causal cobija a las personas que están bajo el cuidado del cónyuge corruptor y convivan bajo el mismo techo, de manera que son los dos requisitos para su configuración.

Se tipifica como causal el intento del marido o de la mujer de corromper o prostituir a sus hijas y la convivencia en su corrupción o prostitución. La expresión prostituir no sólo se corrompe la inducción por parte del marido a la mujer se dedique al comercio carnal, sino también los actos contra natura y abusos deshonestos de que el marido haga objeto a su mujer no es necesario que los hijos sean de ambos cónyuges sino que será suficiente que sea de cualquiera de ellos.

Igualmente la incitación que el marido haga a la mujer para que viole su obligación de fidelidad a fin de obtener para si sumas de dinero o favores especiales del hombre con quien ha de cometer el adulterio, es causal de divorcio que puede impetrar la mujer.

El sujeto pasivo de la conducta puede ser no sólo el otro cónyuge sino también un descendiente, común o no, lo mismo que cualquier persona que este conviviendo bajo el mismo techo, al cuidado del cónyuge. el sujeto pasivo de la acción no debe ser un individuo ya pervertido o corrupto, de lo contrario no se estructuraría la conducta, a una cualquiera de setas personas, así nos e logre lo buscado, autoriza al otro cónyuge para solicitar el divorcio, al respecto El Doctor VALENCIA ZEA dice que la norma “habla de conducta tendiente a corromper o pervertir al otro cónyuge, lo que indica que la simple tentativa es suficiente; a fortiori, lo que hace el hecho ya consumado de corrupción o perversión”.<sup>27</sup>

el Doctor SUAREZ FRANCO en cuanto a su preconstitución judicial se comprende la prueba de varias cosas, en primer termino, debe probarse la acción corruptora del actor, el hecho ejecutado con plena conciencia, o en estados de embriaguez o ocasionados con su propia voluntad. En segundo lugar, debe demostrarse que esos hechos constitutivos de la causal; tercer lugar, la tendencia a corromper a la victima, donde esto se puede tomar muchas veces por apreciaciones subjetivas del juzgador, puesto que es muy difícil determinar en un momento dado la intención dolosa.

Tiene un término de caducidad de un año contado desde el día en que el cónyuge inocente tuvo conocimiento del hecho o falta cometido, en todo caso, sólo podrá alegarse dentro de los 2 años siguientes a su ocurrencia.

---

<sup>27</sup> VALENCIA ZEA. Op.Cit. p.215

### **5.2.8 Causal octava.**

“La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años”.

En vigencia de la ley 1 de 1976, tan solo era relevante respecto del divorcio, la separación de cuerpos decretada judicialmente con una vigencia mayor a los dos años. El legislador de 1992 amplió la cobertura de la causal a la separación de hecho una vez transcurrido el mismo tiempo, lo que sin duda, trajo alivio para muchos casados que por estar de común acuerdo separados de hecho por largo tiempo, pueden acudir al divorcio como solución legal a sus quebrantos matrimoniales.

La separación de hecho sin que medie para ello acuerdo alguno entre los consortes, puede tipificar la causal segunda de divorcio; la que invocada expresamente, no requerirá de los dos años, necesarios si intratándose de la causal octava por tener esto un carácter objetivo podrá ser propuesto, se infiere, por uno cualquiera de los cónyuges desavenidos sin importar si es inocente o no de dicha separación lo contrario implicaría, si la separación es de hecho, la adición de la ley 25 de 1992 conllevaría a la superposición inútil con la segunda causal de divorcio, ya que la separación conlleva un abandono grave de las obligaciones que la ley les impone a los cónyuges, en el cual se legitimaría para demandar el consorte que no dio lugar a la separación.

Si se acepta el carácter objetivo de esta causal, terminaría la tiranía del cónyuge inocente quien, “no obstante estar posibilitado para demandar el divorcio, no lo hacía precisamente como una forma de retaliación hacia el otro, impidiéndole así la posibilidad de regularizar su vida en lo que al aspecto matrimonial respecta; de ahí que la causal mirada objetivamente acaba con esa posibilidad al permitir que la iniciativa para el divorcio la tenga cualquiera de los cónyuges indiscriminadamente y sin cualificar quién dio lugar a la separación, basta que se

haya dado de hecho por más de dos años para que cualquiera de ellos la invoque.

Si quien presenta el libelo de divorcio con base en esta causal es el mismo que abandonó el hogar, el otro cónyuge podrá demandar en reconvención, enrostrándole su abandono a fin de que el juez estudie conjuntamente las dos causales, con las consecuencias que ello conlleva para el cónyuge inculpado. Por el solo acudir a esta causal el juez no es impedido para entrarse en el estudio de las consecuencias patrimoniales que conlleva el divorcio, debiendo hacerlo en que el cónyuge demandado así lo requiera en demanda de reconvención en la que inculpe al demandante del resquebrajamiento de la comunidad matrimonial.

La corte constitucional ha dicho” que si la causal de divorcio tienen consecuencias patrimoniales, vinculadas con la culpabilidad de las partes, así el demandante opte por invocar una causal objetiva para acceder a la disolución del vínculo, el consorte demandado está en su derecho al exigir que se evalúe la responsabilidad del demandante en la interrupción de la vida en común, pero para la corte este derecho no lo desconoce la norma, puesto que no por el hecho de establecer una causal objetiva el juez debe hacer caso omiso de la culpabilidad alegada por el demandado, cuando otras disposiciones lo obligan a establecer los efectos patrimoniales de la disolución acorde con la culpabilidad de las partes y por cuanto el estatuto procesal civil diferencia, por el trámite, la invocación del divorcio por mutuo acuerdo, jurisdicción voluntaria, y el divorcio por las otras causales sujeto al procedimiento abreviado el Art. 427 del CPC y el juez está obligado a resolver respecto de la disolución del vínculo y del monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro Art. 444 del CPC, asunto que, como se dijo se deriva de la culpabilidad de los cónyuges en la causa que dio origen al divorcio.

Para demandar el divorcio por la causal que se primera, se halla legitimado, cualquiera de los matrimonios sin consideración a la mayor o menor participación en el desquiciamiento de la vida conyugal. probada la separación invocada , procederá la declaración de divorcio, porque una comunidad cuya ruptura está objetivamente demostrada, no puede mantenerse vigente cuando ya no es posible el respecto, la unidad y la armonía de la familia, condiciones estas que solo se logran cuando a los desposados los une sentimientos de afecto mutuo. Si las obligaciones matrimoniales son abandonadas, es porque los sentimientos que llevaron a su realización ya no existen o han variado sustancialmente, y si así lo es, imposible resulta considerar que hay forma de cumplir los fines, por lo que mal se haría en preservar un estado civil que no va producir los frutos que la institución matrimonial persigue.

**Término de la separación.** El tiempo de las causales a que se refiere la causal se deberá probar por cualquiera de los medios establecidos en la ley, siendo el más expedito, para la separación legal, la misma sentencia que así la autoriza.

Al computo y dada la redacción de la causal, pueden acumularse tanto el lapso de separación legal como el de la separación de hecho.

Si la pareja desavenida estuvo separada de hecho por diez meses y luego obtiene una sentencia de separación con una vigencia de catorce meses, al computarse los dos años a que se refiere la causal, el divorcio será decretable en cuanto a este aspecto se refiere.

Para la prosperidad de esta causal, el hecho de que el término de los años exigidos en la norma, haya acontecido dentro de la vigencia de los años exigidos en la norma, haya acontecido dentro de la vigencia de la ley.

La inquietud del profesor LOPEZ BLANCO, dice que aquí “ no es posible aplicar el mismo criterio referido en la ley 54 de 1990, para los dos años de existencia de la sociedad de la sociedad conyugal debido a que en esta ley se creaba una nueva circunstancia generadora de la sociedad marital entre compañeros antes existentes”<sup>28</sup>, mientras que en la ley 25 de 1992 no se crea ninguna circunstancia, simplemente se reconoce la misma separación que exista de hecho entre los cónyuges sin que altere ningún derecho adquirido ni se cualifica, si existe, creando una nueva situación; de ahí que no se esta dando carácter retroactivo a la ley, como si sucedería en el caso de la unión marital, pues antes de la vigencia de la ley 54 no existía sociedad marital entre compañeros; de ahí que era forzoso concluir que únicamente después de dos años la vigencia de la ley era que se creaba la separación, es porque su comunidad de vida se halla insubsanablemente quebrantada, justificándose plenamente el divorcio.

El término de los dos años es una especie de lapso de espera, de reflexión y eventualmente de reconciliación, por lo cual la separación de cuerpos ha podido ser llamada la antesala del divorcio.

Para el tratadista CASTILLO RUGELES<sup>29</sup> la conciliación privada de los cónyuges interrumpe el término de los dos años. Pero que la sola cohabitación, mera relación carnal de los cónyuges en el transcurso de los dos años, no interrumpe el plazo a menos que en ese lapso se haya procreado un hijo.

Para que el termino se interrumpa, debe existir una reanudación de la vida en común; el consortium ovnis vital “sin que baste la momentánea aproximación sexual o simples apariencias de mera cortesía, no basta la unión sexual”.

---

<sup>28</sup> LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. La Ley de Divorcio. Implicaciones procesarles, 1ª Ed. Dupre Editores. Santafé de Bogotá, 1994. p.72

<sup>29</sup> CASTILLO RUGELES, Jorge Antonio. Derecho De Familia, II Edición, Editorial. Leyer, Bogotá, Colombia. p. 98



Es una causal de divorcio sanción no se está sancionando con el divorcio conducta alguna, culposa o dolosa, sino remediando la situación en que se halla el matrimonio en el cual, dado el tiempo transcurrido, no existen esperanzas de que se reconstruya la vida en común.

#### **5.2.9 Causal novena.**

“El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente, reconocido por éste mediante sentencia”.

Esta es otra de las novedades que trajo la ley 25 de 1992, el divorcio por el consentimiento mutuo de los cónyuges lo que hace que en el sistema jurídico colombiano, es aceptado como causal de divorcio.

El consentimiento de ambos cónyuges deberá manifestarse ante al juez para su reconocimiento se haga en sentencia.

La ley primera de 1976, no acogió esta causal de manera directa aunque si en forma velada en cuanto que el ordinal segundo de su artículo quince, admite el mutuo acuerdo para obtener la separación de cuerpos; y si ésta perduraba más de dos años se abrían las puertas del divorcio.

El mutuo acuerdo, como causal de divorcio, “permite una salida decorosa para múltiples uniones deshechas que no desean ventilar aspectos de su más estricta intimidad puesto que el mutuo acuerdo es la causa única y eficiente determinante de la causal, sin que importe a la ley el motivo que pudo llevar a obtenerlo. Es la más conveniente de todas por ser la que menos daño emocional ocasiona”. Exonera a los consortes desavenidos, de ventilar sus intimidad, tal vez sus miserias humanas, ante los tribunales, ocasionando posiblemente escándalo ante sus hijos y a la sociedad.

Se tipificará esta causal cuando exista consentimiento de los cónyuges, el que, claro está, deberá manifestarse en la demanda elevada ante juez competente para conocer del divorcio, el de familia o promiscuo de familia.

No existe contienda, los cónyuges desavenidos decidirán en el mismo libelo, la forma como cumplirán sus obligaciones de carácter alimentario no solo entre si sino también con respecto a los hijos comunes, al igual que el cuidado personal de estos y un régimen de visitas. Manifestaran el estado en que se encuentra su sociedad conyugal.

Todos estos acuerdos serán decididos en la sentencia que acoja la pretensión de divorcio, con la que normalmente termina el proceso de jurisdicción voluntaria que con dicho fin habrá de tramitarse.

Esta es otra causal de divorcio-remedio con ello no se busca sancionar a ninguno de los cónyuges sino solucionar de una civilizada, las desavenencias que quebrantaron la comunidad de vida. No caduca y, es perentoria. La causal novena de divorcio, como estaba redactada en la ley 1 de 1976, fue de interpretación difícil por la forma antitécnica como quedó redactada, tomando como hecho la condena privativa de la libertad, cuando debería ser el delito en el que incurrió el cónyuge acusado.

### **5.3 CLASIFICACION DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO**

**a) Causales genéricas y específicas.** Si se mira el contenido de los hechos constitutivos de las diversas causales que consagra la ley para demandar el divorcio.

Son genéricas aquellas que tienen un contenido conceptual tan amplio que admiten en su extensión, hechos constitutivos de otra u otras causales este grupo pertenece la segunda causal esto es “El grave e injustificado incumplimiento por parte de uno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”.

El abandono y el incumplimiento de aquellos deberes es muy amplio, que puede cubrir a casi a todas las causales.

Las causales específicas cuando se refieren a hechos o situaciones determinados, concretos y que, por tanto, no comprenden dentro de sí a otra u otras causales; son de esta clase las restantes.

**b) Causales perentorias y facultativas.** En vigencia el artículo quinto de la ley primera de 1976, no existían, en verdad, causales de divorcio perentorias; todas eran facultativas, aunque los hechos alegados se hallaren plenamente probados, el juez podía negar el divorcio si lo consideraba moralmente injustificado, en atención a los hijos menores, a la antigüedad del matrimonio y a la edad de los cónyuges, al derogarse este artículo la ley 25 de 1992 todas las causales de divorcio se tomaron perentorias.

**c) Causales caducables e incaducables.** A la luz del Art. 156 del código puede establecerse, es aquella que se funda en si la ley ha previsto o no términos de caducidad para el ejercicio de la respectiva acción. de acuerdo al Art. 6 de la ley 1 de 1976, se deben concluirse que en el sistema colombiano la acción de divorcio caduca frente a todas las causales de divorcio con excepción de la sexta causal y al novena, debiéndose proponer dentro del termino de un año, contado desde cuando el cónyuge inocente tuvo conocimiento de los hechos que lo motivaron respecto de las causales primera y séptima, o desde cuando se sucedieron si se

trata de las causales segunda, tercera, cuarta y quinta; quedaron, excluidas los términos se repite, las causales sexta, octava y novena.

**d) Causales de divorcio-remedio y divorcio-sanción.** Divorcio-sanción debe existir una conducta imputable al cónyuge acusado, a título de dolo o de culpa la que se busca sancionar con el divorcio; por el contrario, en las de divorcio-remedio tal circunstancias no se da, por cuanto con el divorcio tan solo se busca solucionar o remediar la situación conyugal desavenida. Son de esta estirpe la sexta, la octava y al novena, son las llamadas causales incalculables; y son de divorcio sanción las restantes.

**e) Causales subjetivas y objetivas.** Se halla íntimamente unida con la anterior, toda vez que, y como la afirma la corte constitucional, “las causales subjetivas conducen al llamado divorcio sanción porque le cónyuge inocente invoca la disolución del matrimonio como un castigo para el consorte culpable, mientras que las causales objetivas llevan al divorcio como mejor remedio para las situaciones vividas”.

Las causales objetivas, el juez que conoce del divorcio carece, de toda facultad para valorar las conductas que resquebrajaron la comunidad matrimonial, habida consideración que los cónyuges desavenidos no demandan, una sanción, sino la disolución del vínculo en aras de encontrar remedio para sus males matrimoniales. Cuando el cónyuge que pide el divorcio acude a una de las llamadas causales objetivas quiere, ante todo, sustraerse al desgaste emocional y a las repercusiones respecto de los hijos que implican, para el demandante como para el demandado la declaración de culpabilidad del otro y el reconocimiento de la inocencia propia.

## **6. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL DIVORCIO**

### **6.1 JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER EL DIVORCIO**

Los jueces de familia conocerán en primera instancia, de los procesos de nulidad y de divorcio del matrimonio civil. Se trata del juez de familia del círculo del domicilio conyugal, esto es, del lugar donde los cónyuges viven de consuno y a falta de éste el del domicilio del cónyuge demandado.

Si el domicilio se hallare establecido en el exterior, la ley 1 de 1976 defiere la competencia al juez del país donde tenga establecido el domicilio conyugal y su fallo producirá en Colombia, todos los efectos del divorcio siempre y cuando que:

- La causal invocada coincida con una de las establecidas por el legislador colombiano;
- Que el demandado haya sido notificado personalmente o se le haya emplazado según la ley del país donde tenga su domicilio; y
- Que el fallo correspondiente haya sufrido el trámite del exequátur ante la sala de casación civil y agraria de la corte suprema de justicia, de conformidad con el Art. 693 y SS del CPC.

Las sentencias y otras providencias que revisten carácter y laudos arbitrales pronunciados en país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrá en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país y que allí se reconozcan las proferidas en Colombia

## **6.2 PARTES DENTRO DEL PROCESO DE DIVORCIO**

En el proceso de divorcio, según lo dispone el artículo 157 del código civil modificado por el artículo 7 de la ley 1 d 1976, son partes únicamente los cónyuges, pero si estos fueren menores de edad, podrán también intervenir sus padres, el ministerio público será oído siempre en interés de los hijos, sin embargo los padres sólo intervenir como coadyuvantes dentro del proceso, ya que si es menor de edad el demandante o demandado, se le deberá nombrar un curador ad litem, debido a que sigue siendo incapaz a pesar de su emancipación legal.

### **6.2.1 El Ministerio Público.**

En los procesos de divorcio el agente de ministerio público intervendrá siempre, para lo cual se le notificará el auto admisorio de la demanda y tendrá todas las facultades de parte, en interés de la ley en defensa de los hijos menores de conformidad con el artículo 423 del CPC derogado el que reenviaba al Art. 410 CPC<sup>30</sup>. Con lo anterior se dice que el agente del ministerio público intervenía aún cuando no existiere hijos menores en el matrimonio de cuya disolución se trata antes de velar por el interés de estos debía hacerlo en el la ley.

Con las nuevas reformas el art. 444 del CPC, no se refiere expresamente a la presencia del ministerio público como por ejemplo el art. 442 Inc. 3 para el caso de nulidad matrimonial civil en el cual “el agente del ministerio público intervendrá únicamente cuando existan hijos menores y en defensa de setos tendrá las mismas facultades de las partes; para este efecto se le notificara el auto admisorio de la demanda”.

El silencio que al respecto guarda el mandato art. 444 CPC no se puede concluir que el ministerio no actúa en esta especie de procesos por lo que el ministerio

---

<sup>30</sup> Código de Procedimiento Civil. Art. 410

público no actúa en esta especie de procesos por lo que sería menester aplicar analógicamente la norma en el caso de divorcio, cuando existan hijos menores, como lo dispone el art. 43 del CPC el ministerio público tiene funciones de defensor de incapaces.

### **6.2.2 Sujeto activo de la relación.**

Como sujeto activo y en aplicación del principio general de derecho según el cual nadie puede alegar su propia culpa, se halla legitimado para proponer el divorcio, de acuerdo con el art.156 del CC modificado por la ley 1 de 1976 en su art.6, que sufrió a su vez, una nueva modificación en cuanto a su redacción en el art10 de la ley 25 de 1992 se halla legitimado, el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivaron, es decir el cónyuge inocente. El esposo que demanda el divorcio no se encuentra libre de toda culpa, que no haya incurrido en ninguna de las causales de divorcio, sino simplemente quien se fundamenta en la conducta del otro. El demandado puede tener a su vez quejas contra su cónyuge demandante que sean constitutivas de una cualquiera de las causales de divorcio previstas en la ley, en cuyo caso deberá alegarlas en demanda de reconvención, pero cuando la culpa de uno de los cónyuges o la suspensión por este del cumplimiento de sus deberes sea consecuencia o resultado de la culpa del otro, no podrá este solicitar el divorcio o la separación de cuerpos por el solo motivo de la falta del primero, por ser entonces responsable también de la misma.

Tratadistas como CHAMPEAU Y URIBE<sup>31</sup> refiriéndose al art. 156 del CC comentan que la fórmula como inicia el Art. no es buena por cuanto puede interpretarse en el sentido que si un cónyuge ha dado lugar al divorcio se hace enteramente incapaz de pedirlo invocando una falta del otro como si este fuera la idea del legislador, habría que acatarla, sólo cuando cuando ambos cónyuges son culpables, la necesidad del divorcio es más imperiosa; para los autores

---

<sup>31</sup> CHAMPEAU, Edmond y URIBE, ANTONIO, José. Tratado de Derecho Civil. Librairie de la Société du Recueil General des Lois et des Arrêts. Colección Larose, París, 1899. p.499.

citados lo que se querido decir es que si un de los cónyuges ha dado lugar al divorcio, únicamente el otro podrá demandarlo; en otros términos, un cónyuge no puede pedir el divorcio fundándose en su propia culpa. si ambos cónyuges cometen faltas que sean causales de divorcio, cada cual podrá solicitarlo alegando la faltas de su consorte.

El doctor ARTURO VALENCIA ZEA<sup>32</sup> tiene igual opinión por que en el caso que la mujer como el marido hayan incurrido en causales de divorcio, puede pedirlo ya sea la mujer adúltera alegando al amancebamiento del marido, ya sea el marido infiel alegando el adulterio de la mujer.

### **6.3 PROCESO CONTENCIOSO DE DIVORCIO**

Tiene por objeto que se declare el divorcio de un matrimonio celebrado por el rito civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio celebrado por cualquier rito religioso, por la ocurrencia de cualquiera de las causales establecidas en la ley; iniciado por uno de los cónyuges contra otro.

#### **6.3.1 Trámite.**

Corresponderá el trámite del proceso verbal de mayor y menor cuantía, en consideración a la naturaleza de la controversia.

Además de la pretensión principal de divorcio, en la demanda puede solicitarse subsidiariamente la separación de cuerpos.

Admitida la demanda se dispondrá la notificación del demandado para que conteste la demanda y ejerza los derechos que a bien tenga, y si hubiere hijos

---

<sup>32</sup> VALENCIA ZEA, Op.Cit. p. 245



menores, se citará también al ministerio público, para que actúe en defensa de los intereses de los menores.

El demandado podrá formular excepciones previas y de merito, y reconvenir, si así lo considera conveniente; la demanda de reconvencción la debe poner el demandado si también está interesado en que se decrete el divorcio, pero no por culpa suya sino del otro cónyuge, invocando otra causal o la misma alegada en su contra. El demandado es necesario que reconvenga y no se limite sólo a invocar las causales como motivos de excepción de merito, porque de resultar probadas, en la sentencia simplemente se dispondrá no acceder al divorcio, por haberse acreditado que el demandante no es inocente es importante porque cuando se decreta el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, genera consecuencias adversas a sus intereses, personales y también económicos, puede darse que el demandado quiera el divorcio, pero sin que se declare y sobre todo liberándose de las consecuencias que ello generaría.

Si el demandado esta interesado en el divorcio y prefiere admitir la causal alegada, aceptado las consecuencias que ello genera, puede allanarse a la demanda. El juez deberá dictar sentencia de plano decretado el divorcio, con todas sus consecuencias, en los términos y advirtiendo las restricciones del Art. 92 del CPC.

Precluida la oportunidad para contestar la demanda y corrido el traslado de las excepciones propuestas, el proceso continuará tramitándose de acuerdo con las normas para el proceso verbal de mayor y menor cuantía, señalará para la audiencia el décimo día siguiente, por orden que no tendrá recurso, previniendo a las partes para que en ellas se presenten los documentos que se quieran hacer valer y los testigos que deberán declarar. En el trámite de la audiencia se aplicará el Art. 432 del C de P C, pudiéndose utilizar el sistema de grabación electrónica o

magnetofónica, siempre que se disponga de los medios técnicos adecuados y si así lo ordene el juez.

La circunstancias de que el proceso se hubiere iniciado como contencioso, no implica que las partes no puedan ponerse de acuerdo y concluirlo de esa manera.

### **6.3.2 Medidas cautelares**

**Medidas preventivas referentes a los bienes de los cónyuges.** El juez previa petición de parte, podrá decretar las medidas cautelares autorizadas en el CPC, sobre los bienes sociales y bienes propios con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge tuviere derecho, si fuere el caso.

Aquellas medidas no son otras que el embargo y secuestro de todos los bienes que pueden ser objeto de gananciales y que estuvieren en cabeza del cónyuge demandado, que ceden el paso a las que se decreten sobre los mismos bienes en proceso de ejecución, antes de quedar en firme la sentencia que acceda a decretar el divorcio.

**Medidas preventivas referentes a las personas de los cónyuges y de los hijos.** En el mismo auto que admite la demanda, o antes el juez en caso que hubiere urgencia puede autorizar a los cónyuges a vivir separadamente.

Es muy importante porque una vez presentada la demanda de divorcio, la vida en común se torna difícil sin que exista razón alguna para obligarlos a vivir bajo el mismo techo cuando las relaciones matrimoniales estén desmoronadas. Si los cónyuges son menores de 18 años, el juez puede disponer la residencia de estos en casa de sus padres o de otros parientes o de una tercera.

A los hijos menores de, se ordenará dejarlos al cuidado de uno de los cónyuges o distribuirlos en manos de otros parientes, buscando su protección. El juez debe

ser especialmente cauteloso para lo cual deberá atender a la edad de los hijos menores y a la causal de divorcio alegada, el agente del ministerio público debe estar atento con las decisiones.

**Alimentos.** Debe señalarse, provisionalmente la conducta con que cada cónyuge contribuirá, según sus capacidades económicas, para atender los gastos que implique la habitación y el sostenimiento del otro cónyuge que no pueda hacerlo por sus propios medios y el de los hijos comunes, lo mismo que la educación de estos. Para que el juez pueda decretar esta pensión provisional deberá estar probado, sea en forma sumaria, al capacidad económica del cónyuge demandado y en cuanto al esposo demandante que pide alimentos para sí, al incapacidad de proporcionárselos por sí mismo.

**Medidas frente al cónyuge embarazado.** Si la mujer esta embarazada y el marido lo solicitare, el juez decretará las medidas por la ley, tendiente a evitar la suposición de parto

La mujer recién divorciada, o que, pendiente el juicio de divorcio, estuviere actualmente separada de su marido, y que se creyere encinta la denunciará al marido dentro de los primeros treinta días de la separación actual esto con fundamento con el Art. 225 del CC.

El marido podrá exigir, pro vía judicial, que su cónyuge se someta a exámenes médicos a fin de establecer el embarazo.

Si la mujer no puede hacer la denuncia la marido podrá hacerlo a cualquiera d sus consanguíneos, hasta el cuarto grado, prefiriendo los ascendientes legítimos, a falta de estos, se hará ante el juez civil municipal del lugar.

En cuanto a esto la corte manifiesta que la sola confesión de la mujer o con prueba de testigos, pues tratándose de hechos que requieren demostración científica, para demostrar el suceso es la prueba pericial, cuando aún no se ha producido el nacimiento, ya que habiendo ocurrido éste, el estado de embriaguez puede demostrarse plenamente por medio de la presunción consagrada en el Art. 92 del CC.

## **6.4 PROCESO DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO**

### **6.4.1 Tramite.**

A pesar de la derogación hecha por la ley 446 de 1998 al Art. 9 de la ley 25 de 1992, que señalaba los requisitos de la demanda de divorcio por mutuo consentimiento, pero esto no significa que haya desaparecido esas exigencias, por lo que la sentencia de divorcio el notario debe hacer pronunciamientos obligatorios, lo que impone a las partes el deber de indicar en la demanda, su consentimiento, el pago de alimentos, custodia de los hijos menores y el estado en el que se encuentra la sociedad conyugal, y aportar los registros civiles de matrimonio y nacimiento de los hijos menores; dado que este tipo de proceso se le asigna el trámite de jurisdicción voluntaria, significa que en la práctica que con la posterioridad a la admisión de la demanda y las citaciones que fuere necesario realizar, el notario deberá dictar sentencia decretando el divorcio.

Para que el notario pueda decretar el divorcio por mutuo consentimiento, puede ocurrir que el acuerdo inicial no se altere. Si antes que se dicte sentencia al notario se le comunica por una o ambas partes que hay punto en el que ya no están de acuerdo, deberá dictar sentencia denegando el divorcio. Esto no quiere decir que las partes no pueden formular nueva demanda por mutuo consentimiento, o contencioso.

La circunstancia de que el proceso sea de jurisdicción voluntaria, no implica que la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento no haga transito a cosa juzgada. Es una de las excepciones a la regla general de los fallos proferidos en este tipo de procesos.

#### **6.4.2 Términos para proponer la acción de caducidad.**

Con fundamento en la ley colombiana consagra en el artículo 154 del Código Civil<sup>33</sup> causales de divorcio que conducen y otras que no.

La ley 1 de 1976 en materia d divorcio introdujo por primero vez el instituto de la caducidad para las causales de divorcio, esto fue modificado por la ley 25 de 1992, la acción de divorcio solo podrá proponerse dentro del lapso de un año (1) el que se empezara a contra según la naturaleza de los hechos invocados. si se trata de la causal de infidelidad y la de conducta tendiente a pervertir o a corromper , el termino señalado se contará desde cuando el otro cónyuge tuvo conocimiento de la ocurrencia de estos hechos sin embargo estas dos causales sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia, luego de que el legislador sentó el termino de la caducidad agrega que en todo caso las causales 1 y 7 no podrán proponerse pasados 2 años de su ocurrencia.

En cuanto a las causales 2,3,4,5, el término de caducidad (1) de un año se cuenta desde cuando se sucedieron los hechos respectivos lo anterior da a entender que las causales 6,8,9, no caducan en corto tiempo, y por tanto, la acción de divorcio se puede proponer con fundamento en ellas, sin importar el transcurrir del año señalado el demandante no loe basta con demostrar que la parte demandada ha incurrido en algunas de las causales que permitan demandar el divorcio, sino que es menester acreditar plenamente en que época tuvieron que acontecer los episodios que lo configuran, porque no estando demostrada la fecha de ocurrencia, no podrá el fallador determinar si la demanda se presentó dentro del

---

<sup>33</sup> Código Civil. Art. 154. p.76

año siguiente al momento en que acontecieron los hechos constitutivos de la causal.

#### **6.4.3 Terminación del proceso de divorcio**

**Por la muerte de uno de los cónyuges.** La muerte real o presunta de uno de los cónyuges, ocurrida durante el proceso de divorcio y debidamente comprobada en él, autoriza al juez para que disponga la terminación del juicio. La razón de esta disposición es que ocurra el deceso de uno de los esposos el vínculo se disuelve, por lo que por sustracción de materia, no habría razón para continuar con el proceso

En el evento de la muerte presunta, si posteriormente reaparece el cónyuge declarado muerto por desaparecimiento, como el matrimonio quedo disuelto según el art.152 del CC modificado por el Art. 5 de la ley 25 de 1992 , no habrá lugar a divorcio alguno.

**Por la reconciliación de los cónyuges.** La reconciliación tiene que ser privada o pública, conduce a restablecer la vida en común de los casados. Si la reconciliación se produce extrajuicio, porque los cónyuges depusieron privadamente sus desavenencias, de ello deberán dar al juez de manera personal y por escrito solicitando la terminación del proceso.

Si la reconciliación sea la consecuencia de la intervención del juez en al audiencia de4 conciliación, si esto ocurre se deja constancia d el hecho, ordenándose la terminación del proceso.

Si posteriormente se llegare a quebrantar nuevamente la vida en común, los cónyuges podrán adelantar el divorcio con fundamento en otros hechos constitutivos de la misma causal, antes invocada, o en nuevas causales

Si el proceso se hubiere iniciado como contencioso, el Art. 28 de la ley 446 de 1998 el fallador dictará sentencia de plano, si los consortes desavenidos llegasen a un acuerdo el que deberá estar conforme con las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres art. 16 del CC.

**Por sentencia judicial.** Este termina normalmente con sentencia que puede ser estimatoria, desestimatorio o inhibitorio. En el primer caso por accederse a las pretensiones de la demanda, el juez decretará el divorcio mediante una sentencia en la que debe proveerse sobre los aspectos del Art. 444 del CPC relativos al cuidado de los hijos menores, a la patria potestad, a la cuota alimentaría para el otro cónyuge si es el caso, y para los hijos comunes.

Si la sentencia es denegatoria del divorcio, el vinculo matrimonial, por supuestos, continuará incólume, pudiendo impetrar nuevamente por hechos distintos a los invocados en al demanda anterior.

Como a la petición de divorcio puede añadirse subsidiariamente la de separación de cuerpos, es posible que negando aquel, se otorgue la suspensión de la vida en común de los casados como un paliativo a los quebrantos de la comunidad doméstica.

Si la sentencia es inhibitoria por estructurarse una cualquiera de las causas que ella conduce, el demandante podrá, corrigiendo el defecto, intentar nuevamente el divorcio aún por los mismos hechos anteriormente invocados, dado que el litigio no fe decidido en el fondo. Para evitar esta situación, el debería estar particularmente atento al proferir el auto admisorio de la demanda y especialmente en la audiencia de conciliación, para las causas que la puedan producir.

Si el proceso de divorcio o de cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, se hubiere iniciado como contencioso y en el trámite del mismo las

partes hubieren llegado a un acuerdo que no se oponga al derecho sustancial la ley 446 de 1998 autoriza al juez a dictar sentencia de plano.

**Por desistimiento.** El cónyuge que impetra el divorcio, como todo demandante, esta legitimado para desistir de la demanda hasta tanto no se haya dictado sentencia disolviendo el vínculo.

El desistimiento, en materia de divorcio, trae como consecuencia, impedir que se ejercite la misma pretensión por los mismos hechos estructurantes de la causal invocada, esto no significa que si posteriormente, surgen nuevos hechos que tipifiquen la causal invocada, no se pueda demandar nuevamente el divorcio.

Si se trata de divorcio de cónyuges incapaces, estos por sí mismos no podrán desistir de la demanda, salvo que previamente obtengan licencia judicial al respecto.

Aceptado el desistimiento, el juez condenará en costas el cónyuge que desistió, a no ser que los esposos contrincantes convengan cosa distinta. Pero si esta tramitando demanda de reconversión continúe adelante ante el mismo juez que venía conociendo de las dos.

#### **6.4.4 Nulidad judicialmente decretada.**

La sentencia de nulidad judicialmente decretada, desata el vínculo matrimonial; puede suceder que en trámite el proceso de divorcio se produzca una sentencia de nulidad respecto del mismo matrimonio, hipótesis en la cual la corte suprema en que el proceso de divorcio deberá terminar.

#### **6.4.5 Audiencia de Conciliación.**

Antes de la vigencia del decreto 2282 de 1989, la ley le impone al juez la obligación de convocar a los cónyuges a una audiencia con el fin de invitarlos a



deponer sus diferencias a favor de los hijos y de la unidad familiar. Si se lograba un arreglo conyugal el proceso de divorcio tocaba a su fin; el juez citaba a una segunda audiencia que debía celebrarse no antes de dos meses ni después de tres de la fecha señalada para la primera; fracasada esta nueva audiencia, se disponía la continuación normal del proceso.

Este procedimiento anterior, contenido en el artículo 27 de la ley primera de 1976, perdió vigencia con el decreto 2282 de 1989 cuyo artículo primero, numeral 231, fue adicionado por el artículo 8 de la ley 25 de 1992.

Hoy, es el trámite del proceso verbal, se consagra la celebración de una sola audiencia, que tienen como objetivo no solo con la descongestión judicial, sino reconocerle a las partes la oportunidad de solucionar sus conflictos conyugales facilitado su acercamiento en una audiencia minuciosamente reglamentada, la que debe llevarse a cabo el décimo día siguiente aquél en que se cumplan los términos de traslado de la demanda, de las excepciones de mérito cuando se hubieren propuesto y estén decididas las excepciones previas.

La audiencia, del artículo 101 del c. de p. c, tendrá una duración mínima de tres horas, salvo que antes se termine el objeto de la misma, vencidas las cuales podrá suspenderse por una sola vez, para reanudarla al quinto día siguiente.

El juez debe instar a los cónyuges para que concilien sus diferencias, proponer formulas que estime justas sin que ello signifique prejuzgamiento. Esta labor desempeñada a conciencia de los jueces, trae importantes beneficios no solo para los esposos contendientes que de esta manera los esposos arreglan sus diferencias, sino también para los mismos juzgados porque descongestionan. Los apoderados de las partes, deben estar prontos a asesorarlas en al búsqueda y obtención de la conciliación, a lo cual deberán limitar su actuación con lo que se

evitará que entren en contradicción con la voluntad de las partes, llevando al fracaso la conciliación.

Cualquiera que fuere la suerte que corra la conciliación, el juez, para el saneamiento del proceso, deberá adoptar todas las medidas que considere necesarias con el fin evitar nulidades o sentencias inhibitorias.

El juez requerirá a los esposos y a los apoderados para que determinen, los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de confesión, los cuales declarará probados mediante auto en que, señalará las pruebas pedidas que desecha por versar sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que quedan excluidas como consecuencia de la conciliación parcial.

En el caso que el juez aprovechará el momento para requerir a las partes a fin de que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito.

Una vez instruido el proceso señalado, el juzgador oirá por veinte minutos a cada parte, empezando por la demandante. Después de esto y si es posible, procederá a emitir su veredicto. De lo contrario suspenderá la audiencia hasta por diez días, fecha en la cual dictará sentencia así no se hallen presentes las partes a sus apoderados.

#### **6.4.6 Sentencia de divorcio.**

La sentencia que decreta el divorcio el notario deberá definir aspectos que no hayan sido solicitados expresamente por el demandante como:

**Colocar a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de uno y otro.** Pero si a juicio del notario ninguno de los padres ofreciere seguridad para estos menores, el dispondrá ponerlos al cuidado de una tercera persona, prefiriendo a

los parientes, decisiones que el notario atenderá la edad y sexo de los menores, al igual la causa probada de divorcio; cuando se trate de hijos lactantes preferirá a la madre, pero si esta se encontrare incapacitada moralmente porque intentó corromper o pervertir a uno de sus hijos, el notario debe pensar en el padre pero este a su vez se hallare imposibilitado por en demanda de reconvención la demandante probó que es adicto a las sustancias alucinógenas en forma habitual y no es `prenda de garantía para estos menores, no habrá otro camino que señalar para ellos a una tercera persona que preferentemente sea ascendientes de los cónyuges. Los hechos constitutivos de la causal de divorcio invocada y probada pueden revelar la ineptitud de los padres para dirigir la formación de los hijos, asunto que el juez no puede omitir.

**En cuanto a los menores, el juez dispondrá a quien la corresponde la patria potestad;** y si la causal de divorcio alegada y probada determina su suspensión o su pérdida, deberá emancipar al hijo, dejando bajo guarda por ejemplo que el abandono, invocado como causal de divorcio, recaiga sobre uno de los hijos menores, o que se haya intentado corromperlos o pervertirlos, en este caso los hechos invocados en la demanda de divorcio coinciden con los numerales 2 y 3 del artículo 45 del decreto 2820 de 1974, que consagra la emancipación judicial, el notario, aún de oficio, podrá proceder a ello, como también a petición de cualquier consanguíneo del hijo o del abogado Defensor de Familia. El notario en la misma sentencia regule un régimen de visitas para los hijos menores, esta previsión es muy importante por cuanto el divorcio por regla general deja resentimientos en los esposos separados que obstaculiza al otro padre que vea o traiga consigo a sus hijos.

Se debe determinar la suma de pesos con que los excónyuges contribuirán a los gastos que implique la crianza, educación y establecimientos de los hijos comunes, lo que se hará en proporción a sus facultades económicas, si el menor tienen su propio peculio, los gastos de su establecimiento y en caso necesario los

de su crianza y educación, podrán imputarse aquel, procurando la integra conservación del capital.

En el caso que el juez, fijará el monto de la pensión que uno de los excónyuges le deba al otro, esto en cuanto que se deben alimentos a cargo del cónyuge culpable tenga medios suficientes y el inocente carezca de ellos y no tenga la forma de procurárselos de una manera legítima.

Copia de la sentencia que decreta el divorcio, la cual se enviara al respectivo funcionario de l estado civil para su inscripción en el folio de matrimonio y en el de nacimiento de cada uno de los cónyuges.

**Efectos de la Sentencia De Divorcio.** Son numerosos los efectos del divorcio, teniendo en consideración que el divorcio es una causa de disolución del matrimonio y que esta disolución se debe a indignidad de uno de los esposos, que no obstante el fallo de divorcio permanecerán incólumes, al no ser alcanzados por la sentencia.

El divorcio declarado judicialmente conlleva a efectos que podrán clasificarse en varios grupos como:

- Efectos en cuanto a los excónyuges
- Efectos en cuanto a los hijos
- Efectos en cuanto al patrimonio

**Efectos en cuanto a los cónyuges.** Es el efecto más importante del divorcio y del cual se deducen todos los demás.

La sentencia que decreta el divorcio disuelve el vinculo matrimonial a hace cesar los efectos civiles del matrimonio religioso, de conformidad con el artículo 152 del

código civil modificado por el artículo 5 de la ley 25 de 1992 en concordancia con el artículo 160 del código civil extinguida la causa, desaparecerán los efectos , en firme la sentencia, cesan entre los consortes, a partir de aquel momento desaparecen los derechos y obligaciones provenientes del matrimonio, por lo que los esposos no estarán obligados a guardar fue pudiendo contraer nuevas nupcias pero si la sentencia decreta la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, los cónyuges también quedan en libertad para contraer nuevo matrimonio.

La mujer divorciada debe esperar por lo menos 300 días para casarse nuevamente so pena de pagar los perjuicios que se causaren por la disputa de la paternidad de conformidad con los artículos 234 y 235 del código civil<sup>34</sup> terminará también la obligación d cohabitar, fidelidad, mutuo respecto, socorro y ayuda mutua, residencia común, ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad de cónyuges sobreviviente para heredar ab intestato en la sucesión del otro, ni a reclamar porción conyugal, se disuelve la sociedad y luego debe procederse a su liquidación ya sea en la forma de mutuo acuerdo mediante escritura pública prevista en el código de procedimiento civil en los artículos 625 y 626.

Cuando el divorcio se da por las causales 1, 2, 3, 4, 5, 7, del artículo 154 del código civil el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que este pueda invocar derechos o concesiones estipulados exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales.

A pesar que entre los cónyuges desaparecen las obligaciones y derechos, queda existiendo la pensión alimentaría en al cual el solo cónyuge que no haya dado lugar al divorcio tiene derecho a pedir alimentos.

---

<sup>34</sup> Código Civil. Art.234 y 235. p. 178

El cónyuge culpable no está legitimado para pedirlos si ambos cónyuges son culpables, no hay obligación alimentaria, los alimentos deben suministrarlos el culpable al inocente por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

La obligación alimentaria termina cuando:

- Por injuria atroz, que cometa el acreedor contra el obligado
- Por insolvencia del obligado
- Por desaparición del estado de necesidad del acreedor
- Por el matrimonio del divorciado acreedor, debido a que aparece de nuevo la obligación de socorro y ayuda mutua entre el divorciado y el nuevo cónyuge. La cuantía de los alimentos se determina tomando en consideración las necesidades del divorciado inocente y las posibilidades económicas del obligado a prestarlas.

Los pactos de alimentos entre los cónyuges son válidos y pueden hacerse durante el proceso de divorcio o con posterioridad a la sentencia, serán nulos si se hacen de la demanda con el único objeto de facilitar el divorcio.

**Efectos en cuanto a los hijos.** Los hijos procreados dentro de un matrimonio que se extinguió por divorcio, son legítimos pues fueron concebidos durante el matrimonio de sus padres, por lo que son legítimos y continuados siéndolo después del divorcio de sus padres con subsistencia de todos los derechos y obligaciones de los divorciados respecto a los hijos comunes y de estos para con aquellos.

Numerosos problemas relativos a los hijos se originaron con el divorcio de los padres, como la patria potestad, de la guarda de los hijos, de la tutela, basta advertir que el divorcio deja subsistir la patria potestad de los padres para con los hijos y que solo puede producir algunas modificaciones en su ejercicio, dejando intacta la legitimidad de los hijos con todas sus consecuencias como derecho a

heredar a sus padres y a todos los miembros de la familia derecho de heredarse unos a otros, contribuir a los gastos de los hijos comunes, obligación alimentaria, etc.

En cuanto a la custodia de los hijos el notario debe tener en cuenta criterios para otorgar la observando con cuidado las particulares circunstancias del caso apreciando el sexo, edad, estado de los hijos condiciones físicas, económicas, morales y sociales de los padres por lo que es conveniente que la custodia le sea entregada a la madre o al padre, estando caer en el error de apoyarse en una supuesta presunción de idoneidad a los efectos del cuidado personal de los menores, fundada en la inocencia de uno de los cónyuges frente a los hechos que dieron causa a la separación como así lo expresó la corte suprema de justicia de febrero 12 de 1992.

Otro punto importante en la sentencia de divorcio proferida por el notario es que debe hacer el señalamiento de la proporción en que los cónyuges debe contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, pero si el marido y la mujer vivieron bajo estado de separación de bienes, la contribución de dichos gastos se hará en proporción a sus facultades económica, si el hijo tuviera bienes propios, los gastos de su establecimiento y en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de estos, conservándose íntegros los capitales en cuanto ello fuere posible.

Sin embargo bajo sentencia 265 de 1996 de la corte constitucional aclara que no es posible sostener que con base en el divorcio, y aun teniendo uno de los padres el cuidado personal del menor y su custodia desaparezca la obligación que corresponde a ambos padres para escoger el tipo de educación de sus hijos menores se violan derechos fundamentales del menor, y también del otro padre cuando uno de ellos se arroga el derecho a decidir sobre la educación que recibirá su hijo parte de ese derecho reside en la facultad de escoger el establecimiento

educativo donde adelantará sus estudios cuando no hay acuerdo la ley establece que la discusión sea decidida por el juez de familia mediante un proceso verbal breve, en el cual el notario competente tenga la oportunidad de oír no sólo a los padres, sino de analizar elementos de juicio para tomar la decisión que inclusive puede no coincidir con la de los padres.

**Efectos en cuanto al patrimonio.** Es el efecto más importante, en cuanto al aspecto económico, es el relacionado con la disolución de la sociedad conyugal surgida con el matrimonio que se extinguió el divorcio.

La sociedad conyugal es de naturaleza accesoria a las nupcias, por lo que sigue la suerte del negocio jurídico principal que es el matrimonio. Es por eso que siempre que se disuelve el matrimonio indefectiblemente se disolverá la sociedad de bienes entre los cónyuges, disuelta la sociedad conyugal, deberá liquidarse, de conformidad con el Art. 625 del C de P C o por mutuo acuerdo elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo deberá incorporarse el inventario de los bienes y de los derechos sociales .

Otra consecuencia de tipo patrimonial son las causales de divorcio sanción, el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que tipificaron la causal alegada y probada de divorcio, puede revocar las donaciones que por causa de matrimonio hubiera hecho al cónyuge culpable del divorcio.



## **7. FUNDAMENTOS LEGALES DEL DIVORCIO NOTARIAL**

El Congreso de la República, a través de la promulgación de la Ley 962 del 08 de julio de 2005, conocida también como Ley antitrámites, en su artículo 34, reglamento por el Decreto 4436 de Noviembre 28 de 2005, concedió a los colombianos la posibilidad de convenir ante Notario Público el divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, según fuere el caso. Cabe advertir que para que sea procedente dicha solicitud de divorcio o de cesación de los efectos civiles, es necesario que lo cónyuges actúen de común acuerdo, pues en las Notarias no es posible adelantar procesos contenciosos, ya que el Notario no tiene la facultad de administrar justicia sino de conmutarla. Pero no obstante actuar de común acuerdo, los cónyuges deben acudir por intermedio de abogado pus así lo consagró expresamente la ley. Escritura pública, la cual tendrá los mismos efectos jurídicos que una sentencia judicial, es decir, que producirá los efectos señalados en el art. 160 del Código Civil.

Cuando existan hijos menores de edad, en el trámite del divorcio deberá intervenir el Defensor de Familia, como garante de los derechos de los menores.

Art. 34: Divorcio ante Notario: podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante escritura pública, la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio de matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley. El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario, producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente.

PARAGRAFO: “El Defensor de Familia intervendrá únicamente cuando existan hijos menores; para este efecto se le notificará el acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con la protección de los hijos menores de edad”<sup>35</sup>

A su turno el decreto 4436 del 28 de noviembre de 2005, reglamentó el trámite notarial de divorcio o de cesación de los efectos civiles de matrimonio religioso que consagró el art. 34 de la ley 962 de 2005, arriba transcrito. El decreto reglamentario establece:

**Artículo 1.** El Divorcio ante Notario, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. El divorcio del matrimonio civil, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, por mutuo acuerdo de los cónyuges, podrán tramitarse ante el Notario del círculo que escojan los interesados y se formalizará mediante escritura pública.

**Artículo 2.** La petición, el acuerdo y sus anexos. La petición de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, será presentada por intermedio de abogado, tal como lo dispone el artículo 34 de la Ley 962 de 2005.

Los cónyuges presentarán personalmente el poder ante Notario o juez.

La petición de divorcio contendrá:

- a) Los nombres, apellidos, documento de identidad, edad y residencia de los cónyuges.
- b) El acuerdo suscrito por los cónyuges con la manifestación de voluntad de divorciarse o de que cesen los efectos civiles del matrimonio religioso. Además contendrá disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones alimentarias

---

<sup>35</sup> artículo 34 de la ley 962 de 2005

entre ellos, si es el caso, y el estado en que se encuentra la sociedad conyugal; y se informará sobre la existencia de hijos menores de edad;

- c) Si hubiere hijos menores de edad, el acuerdo también comprenderá los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, conforme al artículo 133 del Código del Menor, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas;

- d) Los anexos siguientes:

¿Copias o certificados de los registros civiles de nacimiento y matrimonio de los cónyuges, y habiendo hijos menores, las copias o los certificados de los registros civiles de nacimiento de los mismos.

¿El poder de los cónyuges al abogado para que adelante y lleve a término el divorcio o la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, incluyendo expresamente, si así lo deciden, la facultad para firmar la Escritura Pública correspondiente.

¿El concepto del Defensor de Familia, en el caso de que haya hijos menores de edad, si por cualquier circunstancia legal ya se cuenta con este, sin perjuicio de la notificación del acuerdo de los cónyuges establecida en el párrafo del artículo 34 de la Ley 962 de 2005.

**Artículo 3°. Intervención del Defensor de Familia.** Habiendo hijos menores de edad, el Notario le notificará al Defensor de Familia del lugar de residencia de aquellos, mediante escrito, el acuerdo al que han llegado los cónyuges, en los términos del artículo anterior. El Defensor de Familia deberá emitir su concepto en los quince (15) días siguientes a la notificación. Si en dicho plazo el Defensor de Familia no ha allegado su concepto, el Notario dejará constancia de tal circunstancia, autorizará la Escritura y le enviará una copia a costa de los interesados.

Las observaciones legalmente sustentadas que hiciere el Defensor de Familia referidas a la protección de los hijos menores de edad, se incorporarán al acuerdo, de ser aceptadas por los cónyuges. En caso contrario se entenderá que han desistido del perfeccionamiento de la Escritura Pública, y se devolverán los documentos de los interesados, bajo recibo.

**Artículo 4°.** *Desistimiento.* Se considerará que los interesados han desistido de la solicitud de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, si transcurren dos (2) meses desde la fecha en que el instrumento fue puesto a su disposición, sin que concurran a su otorgamiento.

**Artículo 5°.** *Protocolización de los anexos y Autorización.* En la Escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso se protocolizará la solicitud, el poder, las copias o certificados de los registros civiles y el concepto del Defensor de Familia.

Una vez satisfechos los requisitos sustanciales y formales exigidos en la ley y en este decreto, el Notario autorizará la Escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso.

**Artículo 6°.** *Registro de la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos.* Una vez inscrita la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso en el Libro Registro de Varios, el Notario comunicará la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil, quien hará las anotaciones del caso, a costa de los interesados.

**Artículo 7°.** *Tarifa.* El trámite del divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso causará, por concepto de derechos notariales, la tarifa fijada para los actos sin cuantía, y se cancelará con la presentación completa de la respectiva solicitud.

**Artículo 8°. Vigencia.** El presente decreto rige a partir de su publicación.

## **7.1 TRAMITE NOTARIAL DEL DIVORCIO**

El trámite de divorcio en sede notarial, como ya lo vimos, se encuentra previsto en el decreto 4436 del 28 de noviembre de 2005, que reglamentó el artículo 34 de la ley 962 de 2005.

Con este trabajo pretendo orientar a los usuarios y a los abogados litigantes, de manera práctica y didáctica, sobre la manera más expedita para adelantar dicho trámite, para lo cual iremos analizando el decreto presidencial artículo por artículo. En ese orden, indicamos que el artículo 1 del decreto reglamentario faculta a los usuarios a tramitar el divorcio de matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles de matrimonio religioso según sea el caso, ante notaria que ellos escojan, no hay una atadura o circunscripción, ni siquiera al Circulo Notarial de Domicilio Conyugal y ello obedece a la plena aplicación del principio de la rogatoria, que rige par el notariado en Colombia, por medio del cual los notarios solo proceden a ejercer sus funciones previa solicitud de los interesados, quienes a su vez tienen el derecho a elegir libremente la Notaria a la cual desean acudir (art. 4 Decreto 960 de 1970). El art. 2 nos indica que la solicitud de divorcio debe ser presentada por intermedio de abogado. Esto supone que previamente los cónyuges deben otorgar poder en debida forma al profesional del derecho, quien lo anexará a la petición.

Si los cónyuges así lo deciden, el poder contendrá además la facultad expresa para que el apoderado suscriba en su(s) nombre(s) la escritura pública por medio de la cual se perfecciona el trámite de divorcio. En caso contrario, serán los mismos cónyuges, siempre con la mediación de abogado, quienes acudan a la

Notaría a firmar personalmente el instrumento público. Es decir, el abogado presenta la solicitud y los cónyuges finalizan el trámite firmando la escritura.

En la solicitud de divorcio o cesación de efectos civiles, el abogado deberá indicar los nombres, apellidos, documentos de identidad, edad y residencia de los cónyuges. En dicho acuerdo los cónyuges manifiestan su voluntad de divorciarse, las obligaciones alimentarias entre ellos, si es el caso, y el estado en que se encuentra la sociedad conyugal.

Recordemos que el art. 160 del código civil señala que la sociedad conyugal se disuelve por el divorcio, razón por la cual los cónyuges pueden optar por liquidar la sociedad conyugal que se está disolviendo en la misma escritura que contiene el divorcio. Con esto se evitaría la audiencia de conciliación que se establece como obligatorio en el trámite judicial.

En el acuerdo los cónyuges deben indicar además sobre la existencia de hijos menores de edad de matrimonio, caso en el cual el documento debe contener los convenios a que han llegado respecto a la crianza, custodia, cuidados personales, alimentos regulación de visitas, etc. de sus hijos menores.

En este punto considerado oportuno orientar a las parejas que optan por el divorcio, y a los abogados que los asesoran en el trámite, tener especial cuidado en la redacción de los acuerdos a que lleguen los cónyuges. Así por ejemplo, cuando se trata de la custodia y cuidado de los hijos en cabeza de uno de los padres, no quiere decir esto que el otro se le prohíbe intervenir en la dirección de la educación del hijo. El art. 23 del decreto 2820 de 1974 establece que los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual del modo que lo crean más convenientes para estos.

Cuando se plasme el acuerdo respecto a los hijos recomendamos no dejar de observar los derechos y obligaciones que nos trae el código civil en sus artículos 250 al 268.

Queremos hacer énfasis en que el convenio o acuerdo familiar debe ser suscrito directamente por los cónyuges, pues es muy común que los abogados presenten ante el notario la solicitud de divorcio con el acuerdo incorporado, firmado solamente por el litigante, acostumbrado tal vez al trámite ante el juez de familia donde es posible hacerlo axial. Sin embargo, el Decreto 4436 de 2005 es muy claro al advertir que el acuerdo debe ser suscrito directamente por los interesados. Se puede dar el caso también que los cónyuges, antes de la solicitud del divorcio, cuenten previamente con el acuerdo respecto a los hijos menores, bien sea por una conciliación ante el Defensor de Familia o por cualquier otra circunstancia legal, como dice la norma. En este caso, ese acuerdo previo deberá ser anexado a la solicitud de divorcio y copia del mismo notificarlo al Defensor de Familia.

La solicitud del divorcio o de cesación de los efectos civiles de matrimonio religioso debe acompañarse con los siguientes documentos:

- a) Copias o certificados de los registros civiles del matrimonio.
- b) Copias o certificados de los registros civiles de nacimiento de los cónyuges.
- c) Copias o certificados de los registros civiles de nacimiento de los hijos menores de edad, en caso de no haberlos.
- d) El poder de los cónyuges al abogado para que adelante y lleve a término el divorcio o la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, incluyendo expresamente, si así lo deciden, la facultad para firmar la Escritura Pública correspondiente.
- e) El concepto del Defensor de Familia, en el caso de que haya hijos menores de edad, si por cualquier circunstancia legal ya se cuenta con este, sin perjuicio de la notificación del acuerdo de los cónyuges establecida en el párrafo del

artículo 34 de la Ley 962 de 2005 regula la intervención del Defensor de Familia dentro del trámite notarial de divorcio: en el acuerdo de divorcio suscrito por los cónyuges, si existieren hijos menores deberá informarse con el objetivo de establecer la forma en que contribuirán los padres, las cuotas alimentarias, precisando la cuantía de la obligación alimentaria per cápita conforme a los art. 13 de la C.N. 253 del Código Civil y 133 del código del menor pues, de no cuantificarse, se conocería de objetividad al punto de desconocer las circunstancias domésticas de cualquiera de los cónyuges. Así las cosas, en el convenio se determinarán lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen convenientes. Súmese a lo anterior la radicación de la custodia y cuidado personal de los menores en uno de los padres. Igualmente el itinerario de visitas con su respectivo régimen. En Defensor de Familia puede aparecer en este proceso en dos momentos: antes de la presentación del acuerdo de divorcio, cuando a través de la audiencia de conciliación solicitada por cualquiera de los padres ante la Defensoría de Familia provoca la conciliación de los alimentos, custodia y visitas.

Obtenida la conciliación estas actas se allegan al acuerdo de divorcio, sin perjuicio de la notificación posterior al Defensor de Familia (art. 34 de la ley 962 de 2005) y un segundo momento, cuando las partes, informando en el acuerdo de divorcio notarial al Defensor de Familia del lugar de la residencia de aquellos, mediante escrito (art. 34 de la ley 962 de 2005)

Acto seguido el defensor de Familia deberá emitir su concepto dentro de los 15 días siguientes a la notificación. Este concepto tiene como finalidad observar si los acuerdos fueron concertados teniendo en cuenta todo lo atinente a la legislación de menores y restitución de derechos fúndanles. Tales observaciones del Defensor de Familia deben ser sustentadas a fin de que se perfeccionen los acuerdos y se incorporen al mismo de ser aceptadas por los divorciantes.



Haciendo un comentario al margen considerado que existe una contradicción entre lo señalado por el artículo 3, que establece que, habiendo hijos menores de edad, se notificará al Defensor de Familia del lugar de residencia de dichos menores, pero en cambio el art. 1 permite que los cónyuges escojan libremente la Notaría entre la cual desean adelantar el trámite de divorcio la cesación de los efectos civiles de matrimonio religioso. Dejamos este comentario en manos de los doctrinantes o de las futuras jurisprudencias, que con seguridad sabrán aclarar acertadamente la incongruencias observadas en el art. 4 del Decreto 4436 de 2005 encontramos una presunción de destinamiento, cuando transcurrido dos (2) meses desde la fecha en que la escritura pública fue puesta a disposición de los interesados y estos no concurren a su otorgamiento. Sin embargo, consideramos que en este punto existe un vacío en la norma pues no se establece desde qué momento el notario pone a disposición del abogado o de los interesados, según sea el caso, el instrumento público para la firma.

¿Será el mismo día de la presentación de la solicitud de divorcio y sus anexos, cuando no se requiere notificar al Defensor de Familia para no existir hijos menores de edad? será al día siguiente? ¿o cuando existen hijos menores de edad, será después de los 15 días que tiene el Defensor para emitir sus conceptos? Nada dice la norma al respecto. Lo cierto es que se debe conceder un tiempo prudencial al notario para la extensión del documento público, pero en todo caso resulta difícil determinar el día en que comienzan a acortarse los dos meses para que opere la presunción del desistimiento.

El art. 5 menciona los documentos que deben ser protocolizados en el instrumento público y señala además que una vez satisfechos los requisitos sustanciales y formantes, el notario autorizará la escritura de divorcio.

Cuando la norma señala que el notario autorizará la escritura nos está diciendo que el fedatario estampa su firma en el instrumento público, una vez hayan sido satisfechos los requisitos que la ley 962 y el Decreto 4436 exigen para el trámite.

El comentario es pertinente pues en la labor diaria como notarias se observa que los apoderados, en sus escritos petitorios acostumbran a solicitarle al notario que decrete el divorcio, y como he aclarado con anterioridad, el notario o ejerce funciones jurisdiccionales, por lo tanto no decreta el divorcio sino que le imprime fe pública a la manifestación de la voluntad de los cónyuges de divorciarse. Se podría decir que esta es una resciliación del contrato de matrimonio, mediante la aplicación del principio de que en derecho las cosas se deshacen como se hacen. El artículo 6 hace referencia al deber que tiene el notario de inscribir el divorcio en el libro de registro de varios y las comunicaciones que debe surtir a los funcionarios competentes del registro civil para que efectúen las anotaciones pertinentes en el registro civil del matrimonio y en los registros civiles de nacimiento de los cónyuges divorciados.

En cuanto a los derechos notariales, el art. 7 señala que el divorcio de matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles de matrimonio religioso, sin considera un acto sin cuantía para efectos de la liquidación de los derechos notariales que deben sufragar los interesados.

Pero consideramos importante hacerle claridad a los usuarios sobre el costo real del trámite de divorcio, pues cuando se expidió la norma se creó una falsa expectativa, fomentada en gran parte por los medios de comunicación, cuando afirmaban que ahora en Colombia era posible divorciarse por tan solo \$35.000.00. La resolución 7200 de 2005, que contiene las tarifas por concepto de la función notarial para el año 2006 establece la suma de \$36.640.00 para los actos notariales, los aportes a la superintendencia y al fondo especial entre otros. Y si en

la misma escritura de divorcio adicionalmente liquidan la sociedad conyugal, los derechos, los derechos notariales obviamente se incrementan.

## **7.2 INTERVENCION DEL DEFENSOR DE FAMILIA**

Retomando la intervención del Defensor de Familia en el trámite notarial de divorcio, aprovecho la oportunidad para abordar diversos aspectos acerca de las funciones, fundamento legal y los requisitos para ejercer el cargo de Defensor de Familia.

Considero fundamental abordar este tema por cuanto abarca todo lo atinente a los derechos menores de edad.

## **7.3 FUNCIONES DEL DEFENSOR DE FAMILIA**

Las funciones del Defensor de Familia se encuentran descritas en el Código del menor, Decreto 2737/89, art. 277.

**ARTICULO 277.** El Defensor de Familia es funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y le competen las siguientes funciones:

1. Intervenir en interés de la institución familiar y del menor en los asuntos judiciales extrajudiciales, de conformidad con lo establecido en artículo 11 del Decreto 2272 de 1989 y en el presente Código.
2. Asistir al menor infractor en las diligencias ante el Juez competente y elevar las peticiones que considere conducentes a su rehabilitación.
3. Citar al presunto padre para procurar el reconocimiento voluntario de un hijo extramatrimonial.

4. Aprobar, con efecto vinculante, cuando no haya proceso judicial en curso, las conciliaciones entre cónyuges, padres y demás familiares, sobre los siguientes asuntos:

- a. Fijación provisional de residencia separada;
- b. Fijación de cauciones de comportamientos conyugal;
- c. Alimentos entre cónyuges, si hay hijos menores;
- d. Custodia y cuidado de los hijos, padres o abuelos y alimentos entre ellos;
- e. Regulación de visitas, crianza, educación y protección del menor;

Fracasada la conciliación o al no poderse llevar a cabo y en caso de urgencia, el Defensor de Familia podrá adoptar las medidas provisionales que sean necesarias, sin perjuicio de la competencia atribuida a los Jueces sobre las materias citadas en este numeral.

5. Conocer y decidir los asuntos relacionados con menores que requieran protección por hallarse en cualquiera de las situaciones irregulares establecidas en este Código.

6. Conceder permiso a menores para salir del país, de acuerdo con lo establecido para el efecto por el presente Código.

7. Presentar las denuncias penales ante las autoridades competentes por la comisión de delitos donde aparezca como ofendido un menor.

8. Autorizar la adopción del menor en los casos señalados por la Ley.

9. Solicitar la inscripción o corrección del nacimiento en el registro del estado civil, de los menores de dieciocho (18) años en situación irregular.

10. Solicitar la práctica de los exámenes antropoheredobiológicos para preconstituir la prueba en los procesos de filiación.

11. Solicitar a las entidades oficiales y privadas las certificaciones, informes, dictámenes y demás pruebas necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

12. Otorgar autorización para la venta de inmuebles de menores en los casos señalados por la Ley 9a. de 1989 de Reforma Urbana, siempre que no se vulnere los derechos del menor.

13. Conocer privativamente de las infracciones a la Ley penal en que incurran los menores de doce (12) años y de las contravenciones cometidas por menores de dieciocho (18) años.
14. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código.
15. Emitir los conceptos en las actuaciones judiciales o administrativas ordenados por la Ley.
16. Solicitar a los Jueces y funcionarios administrativos la práctica de pruebas que sean necesarias en el cumplimiento de sus funciones.
17. Las demás que expresamente le señale este Código, la Ley.

#### **7.4 FUNDAMENTOS LEGALES**

Son fundamentos legales para la actuación del Defensor en el divorcio ante notario, lo señalado en el párrafo del art. 34 de la ley 962, el art. 3 del decreto 4436 de 2005 y en el art. 277 del Decreto ley 2737/89, código del menor art. 277 que establece que el Defensor de Familia es funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y le compete, entre otras funciones, la de intervenir en asuntos judiciales y extrajudiciales en interés de la institución familiar y de los menores de edad.

#### **7.5 CALIDADES PARA SER DEFENSOR DE FAMILIA**

Son calidades para ser Defensor de Familia, las que la ley estrictamente prevé en el Decreto 2737/89 o código del menor en su art. 278.

**ARTICULO 278.** Para ser Defensor de Familia se requiere, además de ser ciudadano en ejercicio:

1. Ser abogado inscrito.

2. Tener especialización en Derecho de Familia o de Menores o experiencia no inferior a dos (2) años en actividades relacionadas con el Derecho de Familia o de Menores.

3. No tener antecedentes penales ni disciplinarios, y observar conducta ejemplar.

**PARAGRAFO.** Los funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y especialmente el Defensor de familia, durante las actuaciones o audiencias que se celebren en el cumplimiento de las funciones consagradas en este Código, podrán utilizar el sistema de grabación magnetofónica o electrónica y en el acta se dejará constancia únicamente de quienes intervinieron en la audiencia, de los documentos que se hayan producido y de las decisiones tomadas.

Quienes tengan interés legítimo podrán pedir la reproducción magnetofónica de las grabaciones, proporcionando los medios necesarios para el efecto. La reproducción será autorizada por el Defensor de Familia respectivo. Las grabaciones se conservarán en el archivo de la Entidad.

## **7.6 LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL**

Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, dice que la sociedad conyugal es una consecuencia directa de contrato de matrimonio y no puede subsistir sin el.

La sociedad conyugal es accesoria al matrimonio y una vez producido el divorcio, o sea, la ruptura del vínculo matrimonial, la sociedad conyugal se disuelve y corresponde a los cónyuges proceder a su liquidación en los art. 1771 al 1848 del código civil encontramos la espina dorsal para la liquidación de la sociedad conyugal.

No obstante lo anterior los cónyuges, sin llegar al divorcio, pueden disolver y liquidar la sociedad conyugal de mutuo acuerdo observando para ello el trámite notarial. Esto es lo que se conoce como simple separación de bienes. El numeral 5 del art. 25 de la ley 1 de 1976, que modificó el art. 1820 del C. C., establece que la sociedad conyugal se disuelve por mutuo acuerdo de los cónyuges elevado a escritura pública, en cuyo texto se incorporará el inventario de los activos y pasivos, y su liquidación.

## **7.7 EL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**

Considero de suma importancia estudiar los bienes obtenidos por los cónyuges a título oneroso y gratuito, estando vigente la sociedad conyugal, por cuanto en virtud del principio de la libertad y autonomía negocial pueden los cónyuges entrar a disolver y liquidar la sociedad conyugal formada por el solo hecho de la celebración del matrimonio, salvo los casos excepciones señalados por la ley (art. 180 del código civil, notificado por el art. 13 del Decreto 2820 de 1974).

Ahora la doctrina interpretando nuestra legislación ha distinguido para efectos de la administración, goce y actos dispositivos, tres clases o categorías, cuales son:

1. Bienes de la sociedad conyugal, bienes sociales, haber social, llamado también activo social y mal llamados activos por algunos gananciales son todos sinónimos que suelen utilizarse para tal efecto;
2. Bienes propios del esposo o cónyuge: y
3. Bienes propios de la esposa o cónyuge.

De conformidad con el art. 1781 del Código Civil, el haber de la sociedad conyugal está formada por los siguientes bienes:

1. De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio.

2. De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales o sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio.

3. Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante el adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.

4. de las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante el adquiere <sie>; quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.

Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designadolas en las capitulaciones, o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliarios en el territorio.

5. De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio o título oneroso.

6. De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio apreciado para que la sociedad le restituya su valor en dinero. Se expresará así en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento público otorgado al tiempo del aporte, designándose el valor, y se procederá en lo demás como en el contrato de venta de bienes raíces.

Si se estipula que el cuerpo cierto que la mujer aporta, puede restituirse en dinero a elección de la misma mujer o del marido, se seguirán las reglas de las obligaciones alternativas.

Sin embargo, el art. 1783 del código civil excluye expresamente de la comunidad social los bienes allí enumerados. De igual manera los art. 1784 y 1785 condensan situaciones expresas relacionadas con la integración del haber social.



Dentro de la concepción del haber social encontramos el haber absoluto y el haber relativo. El art. 1781 del C.C. consagra el haber absoluto y el haber relativo. Este ultimo esta compuesto los bienes a que se refiere los numerales 3º y 4º. El haber absoluto está integrado por los bienes que ingresan al patrimonio de manera pura y simple y sin contraprestación social alguna, en relación a las adquisiciones realizadas por los cónyuges a título onerosos, de los salarios y emolumentos o productos de empleo y oficios devengados durante la vigencia del matrimonio. También el producido de los bienes propios y sociales.

El jurista colombiano Suárez Franco, al respecto señala:

“el numeral 1º del artículo del artículo 1781 exige como condición para que un bien se considere como parte integrante de haber social, el que hay sido devengado durante el matrimonio, lo cual significa que los trabajos o actividades que dan origen a la reestructuración o emolumentos que se han efectuado antes de la celebración del matrimonio, no son propiamente sociales. Lo contrario ocurre si son causados dentro de la sociedad conyugal pero pagados después; este tratamiento es distinto al de los frutos”.<sup>36</sup>

## **7.8 PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**

El pasivo de la sociedad conyugal se encuentra determinado en nuestra legislación civil. Dentro de estos pasivos podemos distinguir el pasivo social y el pasivo de alguno de los cónyuges para con la sociedad conyugal.

El artículo 1796 del ordenamiento civil nos enseña el pasivo social, señalado que la sociedad es obligada al pago:

1. de todas las pensiones e interese que corra, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad.

---

<sup>36</sup> SUÁREZ Franco, Roberto, Derecho de Familia, Séptima edición, Temis 1998

2. De las deudas y obligaciones contraídas durante su existencia por el marido o la mujer, y que no fueren personales de aquel o esta, como lo serian las que se contrajeren por establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior.

La sociedad, por consiguiente, es obligada con la misma limitación, al gasto de toda la fianza, hipoteca o prenda constituida por cualquiera de los cónyuges.

3. de toda las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que esta invierta en ello.

4. de todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales de cada cónyuge.

5. del mantenimiento de los cónyuges, del mantenimiento, educación, y establecimiento de los descendientes comunes, y de otra carga de familia.

Se miran como carga e familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a da sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges; pero podrá el juez o prefecto moderar este gasto, si se le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge.

Si la mujer se reserva en las capitulaciones matrimoniales el derecho de que se le entregue por una vez o periódicamente una cantidad e dinero de que pueda disponer a su arbitrio, será de cargo de la sociedad este pago, siempre que las capitulaciones matrimoniales no se hayan impuesto expresamente al marido.

Los pasivos que cualquiera de los cónyuges pudiera tener para la sociedad conyugal los encontraremos establecidos en los artículos 1797 al 1804 del código civil.

## **7.9 INVESTIGACIÓN NOTARIAL Y JUDICIAL**

La ley 962 de 2005, conocida como "ley antitramite" vigente desde el 8 de Julio del mismo año, en su artículo 34 estableció la posibilidad de que el divorcio y la

cesación de los efectos civiles para los matrimonios religiosos por mutuo acuerdo se tramiten ante Notario. Es decir, que actualmente son competentes para gestionar el divorcio por la causal 9ª del artículo 6º de la ley 25 de 1992 el Juez de Familia y el Notario del círculo de los cónyuges. El primero a través del proceso de jurisdicción voluntaria y el segundo a través de Escritura Pública. la causal 9ª de divorcio se refiere a E1 consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia".

El Ministerio del Interior y de Justicia consideró necesario reglamentar aspectos tendientes a la protección de los menores, y para eso expidió el 28 de Noviembre de 2005, el Decreto 4436 reglamentarlo del artículo 34 de la ley antitramite. El decreto mencionado explica y desarrolla el servicio que prestarán las Notarías del País para la realización del divorcio o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos por mutuo acuerdo; de tal manera que esta clase de proceso podrá tramitarse ante el Notario del círculo que escojan los interesados y se formalizará mediante Escritura Pública.

La petición de Divorcio será presentada por medio de abogado y deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 2º del decreto 4436 citado. Cuando hay hijos menores se hace imperativo la intervención del Defensor de Familia, quien una vez notificado del acuerdo conyugal, deberá emitir, legalmente sustentado, un concepto dentro de los 15 días siguientes a la notificación. El concepto que presente el Defensor de Familia referido a la protección de los menores deberá ser aceptado por los cónyuges so pena de que se entienda que han desistido del perfeccionamiento de la Escritura Pública. Si dentro del término señalado anteriormente, el Defensor de Familia no ha allegado su concepto, el Notario dejará constancia de tal circunstancia, autorizará la Escritura y le enviará una copia a costas de los interesados. Si transcurren dos meses desde la fecha en que el instrumento fue puesto a disposición de los cónyuges, sin que estos concurren a su otorgamiento, se considerará que han desistido de la solicitud de divorcio y se

devolverán los documentos bajo recibo.

La escritura de divorcio o de cesación de los efectos civiles de matrimonio religioso, previa protocolización de la solicitud, sus anexos el concepto de defensor de Familia, se inscribirá en el libro de registro de varios y el Notario comunicará la inscripción al funcionario competente del registro del estado civil para que haga las anotaciones del caso.

La viceministra de Justicia Dra. Ximena Pañafort, informó a la opinión pública que el trámite del divorcio ante Notario tendrá un costo de \$35.000 por concepto de derechos notariales, pero realmente 'con los gastos de la escritura asciende a \$130.000.00 como mínimo.

De acuerdo con el Decreto si hay hijos menores de edad y el Defensor de Familia es notificado y rinde su concepto, el Notario podrá expedir la correspondiente Escritura Pública y el divorcio podrá estar tardando aproximadamente 20 días; término que no está muy distante del empleado para el divorcio o cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos por mutuo acuerdo tramitados ante un Juzgado de Familia ya que en estos, una vez recibida la demanda, es radicada y si hay menores se notifica a la Procuradora Judicial de Familia para que rinda concepto; acto seguido, el expediente entra al despacho del Juez para que profiera la respectiva sentencia. En la práctica una demanda de esta clase tramitada ante un juzgado si no hay menores puede tardar entre 12 - 15 días hábiles y si los hay entre 15 y 20 días aproximadamente; con la diferencia de que ante el Juez de Familia la expedición de la sentencia no genera pago de derechos judiciales ya que opera el principio de la gratuidad de la justicia. Cuando el divorcio o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos se solicita con fundamento en la causal 9ª del artículo 6º de la ley 25 de 1992, el Juez observará que los cónyuges sean plenamente capaces y que no haya vicios que alteren la voluntad libremente expresada, que el convenio defina de forma concreta y clara,

sin lugar a equívocos, las obligaciones conyugales relativas a alimentos y residencia; y con respecto a los menores, sus alimentos, régimen de visitas, patria potestad, custodia y cuidados personales. Si el convenio se encuentra ajustado al derecho sustancial, el Juez deberá respetar el consentimiento expresado por los cónyuges y proferir la sentencia correspondiente; la cual comunicará al funcionario del estado civil para que tome nota en los respectivos registros civiles de matrimonio y de nacimiento de cada uno de los cónyuges divorciados.

## **8. ESTADÍSTICAS DE LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN NOTARIA Y LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA.**

Con el propósito de lograr los objetivos propuestos y cumplir con ellos, se establecieron tres grupos, el primer grupo representados por notaria, el segundo grupo por jueces defensores de familia y el tercer grupo los usuarios de juzgados de familia de Barranquilla.

Para alcanzar el primer grupo fue esencial con las funciones de las notarias y funcionarios, puesto que fue fundamental contar con la disponibilidad de tiempo por parte de los miembros para obtener los resultados requeridos para mi investigación.

Fue muy bueno contar con toda su colaboración y las recomendaciones por parte de los funcionarios competentes.

En segundo grupos por jueces defensores de familia por el cual se pudo reconstruir la información para la base de estadísticas. En los juzgados de familia de Barranquilla para establecer la totalidad usuaria de los juzgados donde se adquirió toda la información sobre los casos de divorcio y nulidad matrimonial, cuando se presentaron, son mutuos y contenciosos, quienes acuden mas mujeres que hombres, que comprende los periodos del 2006, entre los meses de enero a diciembre y del año 2007 entre los meses de enero a abril del mismo años, se obtuvo el total de usuarios.

<b>TIPO DE PROCESO</b>	<b>Juez Primero</b>	<b>Juzgado Segundo</b>	<b>Juzgado Tercero</b>	<b>Juzgado Cuarto</b>	<b>Juzgado Quinto</b>	<b>Juzgado Sexto</b>	<b>Juzgado Séptimo</b>	<b>Juzgado Octavo</b>	<b>Juzgado Noveno</b>
Proceso Verbal Divorcio Mutuo									
Enero 2006	8	5	7	7	5	1	4	4	5
Febrero 2006	9	8	9	10		3	7	9	11
Marzo 2006	14	7	9	3	6	9	5	6	4
Abril 2006	11	10	4	6	7	9	8	6	6
Mayo 2006	7	3	1		2	3	2	1	3
Junio 2006	2	7	7	4	9	7	9	6	6
Julio 2006	6	6	6	3	1	8	8	2	7
Agosto 2006	4	2	9	7	10	4	11	5	6
Sept. 2006	6	6	7	6	9	7	4	4	4
Oct. 2006	6	5	5	5	8	4	8	5	6
Nov. 2006	2	6	5	6	6	7	5	2	13
Dic. 2006	5	3	4	2	4	1	6	3	3
<b>TOTAL</b>	<b>80</b>	<b>68</b>	<b>73</b>	<b>59</b>	<b>67</b>	<b>63</b>	<b>77</b>	<b>53</b>	<b>74</b>
Enero 2007	4	4	3	4	4	4	5	5	2
Febrero 2007	8	7	7	3	10	5	5	7	5
Marzo 2007	5	6	7	6	7	5	9	6	9
Abril 2007	5	6	5	2	5	1	6	2	5
<b>TOTAL</b>	<b>22</b>	<b>23</b>	<b>22</b>	<b>15</b>	<b>26</b>	<b>15</b>	<b>25</b>	<b>20</b>	<b>21</b>

<b>TIPO DE PROCESO</b>	<b>Juez Primero</b>	<b>Juzgado Segundo</b>	<b>Juzgado Tercero</b>	<b>Juzgado Cuarto</b>	<b>Juzgado Quinto</b>	<b>Juzgado Sexto</b>	<b>Juzgado Séptimo</b>	<b>Juzgado Octavo</b>	<b>Juzgado Noveno</b>
Proceso Verbal Divorcio Contencioso									
Enero 2006		5	4	5	6	8	6	8	8
Febrero 2006	2	5	8	7	9	12	9	8	6
Marzo 2006	8	7	14	6	16	7	5	6	6
Abril 2006	6	7	3	6	7	7	8	7	5
Mayo 2006	5	3	3	4	3	2	4	4	4
Junio 2006	7	6	7	5	9	8	14	8	2
Julio 2006	5	7	6	7	4	10	8	10	7
Agosto 2006	5	7	10	5	9	7	14	14	7
Sept. 2006	9	7	12	8	8	8	5	10	8
Oct. 2006	6	7	8	9	8	9	9	7	4
Nov. 2006	4	3	5	7	6	6	4	3	7
Dic. 2006	3	3	6	1	7	1	10	5	3
<b>TOTAL</b>	<b>60</b>	<b>62</b>	<b>82</b>	<b>65</b>	<b>86</b>	<b>77</b>	<b>90</b>	<b>82</b>	<b>59</b>
Enero 2007	6	3	3	3	5	7	5	7	4
Febrero 2007	9	9	12	6	5	8	7	7	4
Marzo 2007	8	7	8	10	7	8	7	8	4
Abril 2007	6	5	6	3	4	7	6	4	7
<b>TOTAL</b>	<b>29</b>	<b>24</b>	<b>29</b>	<b>22</b>	<b>21</b>	<b>30</b>	<b>25</b>	<b>26</b>	<b>19</b>



<b>TIPO DE PROCESO</b>	<b>Notaria Primera</b>	<b>Notaria Segunda</b>	<b>Notaria Tercera</b>	<b>Notaria Cuarta</b>	<b>Notaria Quinta</b>	<b>Notaria Sexta</b>	<b>Notaria Séptima</b>	<b>Notaria Octava</b>	<b>Notaria Novena</b>
Divorcio Notaria Mutuo consentimiento									
Enero 2006	4	2		1	2	1	6	4	6
Febrero 2006	3	3		1			5		4
Marzo 2006	1	1		3	2		3		5
Abril 2006	5	4	2	2		3	4	3	3
Mayo 2006	3	2	6	3	4	4	3	2	2
Junio 2006	4	1	1		1	5	3		4
Julio 2006		1	3		3	1			3
Agosto 2006	6	4	2	2	1	1	2	5	5
Sept. 2006	4	2	2	4		4	1	3	
Oct. 2006	5	1	1	3		1	5	2	3
Nov. 2006	2	3	4	1	3	7	3	4	7
Dic. 2006	3		2	2	4	5	2	1	
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>	<b>24</b>	<b>23</b>	<b>22</b>	<b>20</b>	<b>32</b>	<b>37</b>	<b>24</b>	<b>42</b>
Enero 2007		1	3	4	3	1	3	2	2
Febrero 2007	2	1	1		2	4	2	1	
Marzo 2007	2	2	1	1	3	2	1	1	4
Abril 2007	1	2	1	2	1	3	1	1	1
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>	<b>6</b>	<b>6</b>	<b>7</b>	<b>9</b>	<b>10</b>	<b>7</b>	<b>5</b>	<b>7</b>

## **8.1 HECHOS QUE SUSTENTAN LA INICIACIÓN DEL PROCESO SEGÚN EL DEMANDANTE**

La información en este diagrama permite establecer algunas tendencias en las asociaciones entre la causal del proceso y los hechos que la motivan. La problemática familiar no solo una variedad de causales sino una multiplicidad de efectos conexos. Para los funcionarios de los juzgados las personas que acuden para iniciar un proceso de divorcio ocultan la verdadera causal y el motivo inicial es un solo argumento.

### **HECHOS PRESENTADOS POR EL(A) DEMANDANTE – JUZGADOS**

- Infidelidad
- Abandono
- Maltrato
- Embriaguez habitual
- Drogadicción
- Enfermedad
- Corrupción o perversión
- Separación de cuerpos
- Mutuo consentimiento

## 8.2 PRETENSIONES DEL DEMANDANTE

En los expedientes en los Juzgados se encuentran las pretensiones de quien demanda; se hizo una equivalencia en los juzgados sobre la base de la evaluación que hace quien registra la historia de las peticiones del (la) demandante.

### PRETENSIONES Y SOLICITUDES DEL DEMANDANTE, JUZGADOS

PRETENSIONES
Fijar cuotas
Cesar efectos civiles
Liquidación de sociedad conyugal
Otorgar custodia

Se ha hecho un intento de síntesis elaborando un cuadro a manera de síntesis, en el que se recogió, la forma, antecedentes e implicaciones para los actores involucrados formas, antecedentes, e implicaciones de los distintos conflictos familiares.

Forma	Antecedentes	Implicaciones
Divorcio Nulidad matrimonial Cesación de efectos civiles de matrimonio católico CONFLICTOS ASOCIADOS Alimentos Custodia Visitas Actores Excónyuges	Maltrato Infidelidad Incumplimiento de obligaciones Separación de hecho Consentimiento	Disolución la sociedad conyugal Custodia de los hijos menores a las madres Régimen de visitas al padre Los menores deben ajustarse a la nueva situación, son convertidos en el sujeto del conflicto.

## CONCLUSIÓN

Llegando a este punto concluyo diciendo que la ley antitramite a sido para los notarios muy satisfactoria porque es muy ágil y al tener el consentimiento de ambos cónyuges para la separación se procede al divorcio, el legislador hizo la ley 962 de 2007 con la sola convicción de descongestionar un poco los despachos judiciales no quitándole todo el crédito ni autoridad puesto que los despachos judiciales (juzgado) todavía pueden divorciar contenciosamente y voluntariamente por mutuo acuerdo, dejando a las parejas con la libre decisión de tramitar su divorcio por notaria o juzgado.

Si es por notaria y no tienen hijos la pareja puede estar divorciada en media hora, al contrario si tiene hijos se da aproximadamente por semana y siete días puesto que el defensor de familia tiene que contestar el acuerdo en un lapso de 10 días sino la pareja puede exigir que procedan con su escritura publica.

Como no se puede efectuar la petición sin abogados los notarios comentan que es buena la metodología ya que el abogado ganaría sus honorarios de una forma mas rápida también comenta los notarios que muchas parejas creen que la misma notaria es el que se encarga en facilitarle el servicio del abogado, no sabiendo que ellos son los que deben buscar y decidir quien los va a separar o quien los va a defender y así al igual donde se van a dirigir para dicho tramite en la notaria como viene por mutuo acuerdo no hay edictos ni fijaciones en lista ni notificaciones con acepción del defensor de familia que es donde se manda el acuerdo para el convenio de alimentos custodia, visitas e igual se divide la sociedad conyugal, siempre se tiene que proponer para la liquidación si hay bienes, si no se hace constar.

Se llega a la conclusión por parte de los juzgados que muchos de los abogados puede que se dirijan por ese medio porque es menos costoso para sus clientes, solo resta decir que es positivo porque el legislador busca solventar la necesidad de cada individuo, y que al pasar por un proceso tan traumático como lo es el fenómeno del divorcio. Si es mucha la diferencia en las estadísticas pero se ha logrado ese gran impacto de que las notarias divorcian de una forma más rápida, que es abastecer las necesidades de las parejas en Barranquilla.

Mi recomendación acerca del fenómeno del divorcio sería dejar que las notarias bajaran los precios de los tramites y ponerlo accesible al público.

Darle total facultad a los notarios y así dejar a los juzgados con el solo tramite de divorcio contencioso solamente y así poder tener una buena descripción de la ley, para así publicarla y cumplirla.

También especificar que no le llamen divorcio “Express”, puesto que esto es un solo tramite que hay que seguir y como ya lo menciono antes no es tan a la velocidad de la luz porque se tiene que cumplir los requisitos primordiales.

## **BIBLIOGRAFIA**

BELLUSCIO, Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia, Tomo I. Edit. Depalma. Buenos Aires. P. 125

CASTILLO RUGELES, Jorge Antonio. Derecho De Familia, II Edición, Editorial. Leyer, Bogotá, Colombia. p. 98

CASTILLO, Rugeles Jorge, Obra derecho de familia apoyada en la obra suma teológica de Santo Tomas.

CHAMPEAU, Edmond y URIBE Antonio, José. Tratado de Derecho Civil. Librairie de la Societé du Recueil General deis Lois et des Arre-TS. Colección Larose, París, 1899. p.499.

CÓDIGO CIVIL. Art. 154. p.76; Art.234 y 235. p. 178

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Art. 410

CÓDIGO DEL ESTADO SOBERANO DE SANTANDER. Art. 111 y 112.

CORTE CONSTITUCIONAL EN SENTENCIA C-60 de 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

DECRETO 2820 de 1974; LEY 1 de 1976, Art. 1º.

ECHANDIA Devis, Hernando. Errores y absurdos de la Nueva Ley de Divorcio en Revista Derecho Colombiano. T. XXXII, enero de 1976, num, 169. p.10

ESCUDERO Alzate, Maria Cristina, Práctica de familia, Sexta Edición, Editorial Leyer 1995.

HINESTROSA Forero, Fernando. Concordato, Matrimonio y Divorcio. Ed. Tercer Mundo. Bogotá.2002. p. 89

LEY 20 de Junio de 1853. Ley Obando.

LEY 25 de 1992 del 17 de Diciembre. Art. 15

LEY 25 de 1992. Art. 6º.

LEY 8 de 1856. Art. 4º.

LEY 962 de 2005 Artículo 34

LEY 962/05 del 8 de Julio; Art. 34

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. La Ley de Divorcio. Implicaciones procesarles, 1ª Ed. Dupre Editores. Santafé de Bogotá, 1994. p.72

SENTENCIA C-246 del 9 de Abril de 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda. p.12

SUAREZ Franco, Roberto. Derecho de Familia, Séptima Editorial. Temis 1998, Bogotá, Colombia. p.206



TAFUR González, Álvaro, Código Civil Anotado, Editorial Leyer, Art. 113; Pág. 39

VALENCIA Zea, Arturo. Derecho de familia, Tomo v, Sexta Edición, Editorial, Temis, Bogotá, Colombia. p.112

VELEZ, Fernando. Estudio sobre Derecho Civil Colombiano. Imprenta París – América. Paris. 1926. p.126

***ANEXOS***

## **ANEXO A. DECRETO**

### **DECRETO 4436 DE 2005**

**Por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley 962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondientes.**

**EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,**  
**en ejercicio de las facultades constitucionales que le corresponden por el artículo 189 ordinal 11 de la Constitución Política, y de las legales establecidas en los artículos 5° y 218 del Decreto-ley 960 de 1970.**

#### **DECRETA:**

El Divorcio ante Notario, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos:

**Artículo 1.** *El Divorcio ante Notario, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos.* El divorcio del matrimonio civil, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, por mutuo acuerdo de los cónyuges, podrán tramitarse ante el Notario del círculo que escojan los interesados y se formalizará mediante escritura pública.

**Artículo 2.** *La petición, el acuerdo y sus anexos.* La petición de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, será presentada por intermedio de abogado, tal como lo dispone el artículo 34 de la Ley 962 de 2005.

Los cónyuges presentarán personalmente el poder ante Notario o juez.

La petición de divorcio contendrá:

a) Los nombres, apellidos, documento de identidad, edad y residencia de los cónyuges.

b) El acuerdo suscrito por los cónyuges con la manifestación de voluntad de divorciarse o de que cesen los efectos civiles del matrimonio religioso. Además contendrá disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones alimentarias entre ellos, si es el caso, y el estado en que se encuentra la sociedad conyugal; y se informará sobre la existencia de hijos menores de edad;

c) Si hubiere hijos menores de edad, el acuerdo también comprenderá los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, conforme al artículo 133 del Código del Menor, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas;

d) Los anexos siguientes:

¿Copias o certificados de los registros civiles de nacimiento y matrimonio de los cónyuges, y habiendo hijos menores, las copias o los certificados de los registros civiles de nacimiento de los mismos.

¿El poder de los cónyuges al abogado para que adelante y lleve a término el divorcio o la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, incluyendo expresamente, si así lo deciden, la facultad para firmar la Escritura Pública correspondiente.

¿El concepto del Defensor de Familia, en el caso de que haya hijos menores de edad, si por cualquier circunstancia legal ya se cuenta con este, sin perjuicio de la notificación del acuerdo de los cónyuges establecida en el párrafo del artículo 34 de la Ley 962 de 2005.

**Artículo 3°. Intervención del Defensor de Familia.** Habiendo hijos menores de edad, el Notario le notificará al Defensor de Familia del lugar de residencia de aquellos, mediante escrito, el acuerdo al que han llegado los cónyuges, en los términos del artículo anterior. El Defensor de Familia deberá emitir su concepto en los quince (15) días siguientes a la notificación. Si en dicho plazo el Defensor de

Familia no ha allegado su concepto, el Notario dejará constancia de tal circunstancia, autorizará la Escritura y le enviará una copia a costa de los interesados.

Las observaciones legalmente sustentadas que hiciere el Defensor de Familia referidas a la protección de los hijos menores de edad, se incorporarán al acuerdo, de ser aceptadas por los cónyuges. En caso contrario se entenderá que han desistido del perfeccionamiento de la Escritura Pública, y se devolverán los documentos de los interesados, bajo recibo.

**Artículo 4°.** *Desistimiento.* Se considerará que los interesados han desistido de la solicitud de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, si transcurren dos (2) meses desde la fecha en que el instrumento fue puesto a su disposición, sin que concurran a su otorgamiento.

**Artículo 5°.** *Protocolización de los anexos y Autorización.* En la Escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso se protocolizará la solicitud, el poder, las copias o certificados de los registros civiles y el concepto del Defensor de Familia.

Una vez satisfechos los requisitos sustanciales y formales exigidos en la ley y en este decreto, el Notario autorizará la Escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso.

**Artículo 6°.** *Registro de la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos.* Una vez inscrita la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso en el Libro Registro de Varios, el Notario comunicará la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil, quien hará las anotaciones del caso, a costa de los interesados.

**Artículo 7°.** *Tarifa.* El trámite del divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso causará, por concepto de derechos notariales, la tarifa fijada

para los actos sin cuantía, y se cancelará con la presentación completa de la respectiva solicitud.

**Artículo 8°. Vigencia.** El presente decreto rige a partir de su publicación.

**Publíquese y cúmplase.**

**Dado en Bogotá, D. C., a 28 de noviembre de 2005.**

**ÁLVARO URIBE VÉLEZ**  
**El Ministro del Interior y de Justicia,**  
**Sabas Pretelt de la Vega.**

## ANEXO B. MINUTAS Y MODELOS

### MODELO PODER DE DIVORCIO

**SEÑORA**  
**NOTARIA** \_\_\_\_\_ **DEL CIRCULO DE** \_\_\_\_\_  
**E.**                      **S.**                      **D.**

Nosotros, \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, mayores de edad de esta ciudad, identificados como aparece al pie de nuestras correspondientes firmas, por medio del presente documento otorgamos poder especial, amplio y suficiente al Doctor \_\_\_\_\_, igualmente mayor de edad y vecino de esta ciudad, quien se identifica con la cedula de ciudadanía No. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, abogado titulado, portador de la tarjeta profesional No. \_\_\_\_\_ del Concejo Superior de la Judicatura, para que en nuestros nombres representación inicie y lleve a término el trámite notarial de DIVORCIO de nuestro matrimonio civil, de conformidad con lo establecido por la Ley 962 de 2005 y el Decreto Reglamentario No. 4486 de noviembre 28 de 2005.

Nuestro apoderado queda facultado para presentar la solicitud, aportar los documentos y firmar la escritura pública correspondiente.

Atentamente,

\_\_\_\_\_  
C.C.

\_\_\_\_\_  
C.C.

ACEPTO EL PODER,

\_\_\_\_\_  
C.C.  
T.P. No.

## MODELO CONVENIO O ACUERDO DE DIVORCIO

### ACUERDO DE DIVORCIO

\_\_\_\_\_ varón mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ mujer mayor de edad, de esta vecindad, portadora de la cédula de ciudadanía No. \_\_\_\_\_ por medio del presente escrito manifestamos a usted nuestra voluntad de efectuar el DIVORCIO de nuestro matrimonio civil efectuado en la Notaría \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ el día \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_ para lo cual establecemos el siguiente CONVENIO, el cual deberá ser protocolizado con la correspondiente escritura pública, con los siguientes acuerdos:

**PRIMERO: DIVORCIO:** Promover el DIVORCIO invocando la causal de mutuo acuerdo.

**SEGUNDO: HIJOS:** Manifestamos, bajo la gravedad de juramento que se entiende prestado con la firma de este documento, que en nuestra unión matrimonial procreamos \_\_\_\_\_ hijos, actualmente menores de edad, de nombres \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_.

**TERCERO: OBLIGACIONES ALIMENTARIAS ENTRE LOS CÓNYUGES:** No habrá lugar a ninguna obligación alimentaria entre nosotros.

**CUARTO: RESIDENCIA:** Que actualmente tenemos fijada nuestra residencia por separado y que la cónyuge \_\_\_\_\_ no se encuentra actualmente en estado de gravidez.

**QUINTO: RESPETO:** Nos comprometemos a mantener respeto mutuo, autonomía propia e independencia personal y evitar todo acto o palabra que ofenda la dignidad del otro e impida la paz y tranquilidad personal o familiar.

**SEXTO: TENENCIA, CUSTODIA Y PATRIA POTESTAD DE NUESTROS MENORES HIJOS:** La tenencia, custodia y cuidado personal de nuestros hijos \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ quedarán en cabeza de la madre \_\_\_\_\_, sin perjuicio de los derechos inherentes a la patria potestad, que por Ley le corresponde a ambos padres.

**SÉPTIMO: REGULACIÓN DE VISITAS:**

- 1) \_\_\_\_\_
- 2) \_\_\_\_\_
- 3) \_\_\_\_\_



**OCTAVO: OBLIGACIONES, FIJACIÓN E INCREMENTO DE LA CUOTA ALIMENTARIA RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD:** Los gastos de manutención, habitación, crianza, salud, educación, recreación de los menores, estarán a cargo de ambos padres en igual proporción, es decir, 50% cada uno.

Realizamos el presente acuerdo, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 34 de la Ley 962 de 2005 y su Decreto Reglamentario No. 4436 del 28 de noviembre de 2005, y en señal de aprobación lo suscribimos.

\_\_\_\_\_  
C.C.

\_\_\_\_\_  
C.C.

## MINUTA SOLICITUD DE DIVORCIO

**SEÑORA**  
**NOTARIA** \_\_\_\_\_ **DEL CIRCULO DE** \_\_\_\_\_  
**E.**                      **S.**                      **D.**

D.A.A.G., Abogado titulado y en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No \_\_\_\_\_ y tarjeta profesional No \_\_\_\_\_ expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado de los Señores \_\_\_\_\_ varón, mayor de edad, de nacionalidad colombiano, vecino y residenciado en esta ciudad, e identificado con la cédula de ciudadanía número: \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ mujer, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía número: \_\_\_\_\_ vecina y residenciada en esta ciudad, conforme al poder adjunto, por medio del presente documento, presento solicitud de DIVORCIO de mis representados de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 962 de 2005, la cual fue reglamentada por el Decreto 4436 de 2005, para lo cual manifiesto que mis poderdantes se encuentran de mutuo acuerdo, que es de su libre voluntad DIVORCIARSE de mutuo acuerdo.

Para tal efecto acompaño a esta solicitud los siguientes documentos:

- A. Registro civil de matrimonio de mis poderdantes.
- B. Registros civiles de nacimiento de mis representados.
- C. Poder - Convenio Familiar.
- D. Registros civiles de nacimiento de los hijos menores de edad.

Que la anterior solicitud, la hago de conformidad con el trámite establecido en el Decreto 4436 de 2005, por lo cual solicito admitir esta petición y darle el curso que la ley señala y hasta la extensión de la escritura pública correspondiente,

Es usted competente, señora Notaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 962 de 2005.

Anexo: lo anunciado

**D.A.A.G.**

C.C. \_\_\_\_\_

T.P No. \_\_\_\_\_CSJ.

## MINUTA ESCRITURA DIVORCIO

NOTARIA \_\_\_\_\_ DE BARRANQUILLA

NUMERO:

FECHA:

DATOS DE LA ESCRITURA PÚBLICA

NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO: CESACIÓN DE LOS EFECTOS CIVILES (DIVORCIO) DE MATRIMONIO CATÓLICO, POR MUTUO ACUERDO Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CUANTÍA: SIN CUANTÍA

IVA: \$

PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO

NOMBRES \_\_\_\_\_ CÉDULA \_\_\_\_\_

En el Distrito de Barranquilla, Capital del Departamento del Atlántico, República de Colombia, a los \_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ del año dos mil \_\_\_\_\_ (200\_), ante mí, \_\_\_\_\_, Notaria \_\_\_\_\_, Titular, del Círculo de Barranquilla, compareció el doctor D.A.A.G., varón mayor de edad, quien se identificó con la cédula de ciudadanía No. \_\_\_\_\_ Abogado Titulado y en ejercicio, quien exhibió la Tarjeta Profesional \_\_\_\_\_ del Consejo Superior de la Judicatura, y manifestó que está domiciliado en esta ciudad, que actúa en nombre y representación de los señores: \_\_\_\_\_ varón mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. \_\_\_\_\_ de quien dice estar actualmente domiciliado en esta ciudad, y de \_\_\_\_\_ mujer mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. \_\_\_\_\_ expedida en de quien manifiesta estar domiciliada en esta ciudad, todo lo cual acredita con los poderes especiales que le fueron conferidos, los cuales presenta para ser protocolizado en esta escritura pública, y agregó: ===== CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES DE MATRIMONIO RELIGIOSO (DIVORCIO). PRIMERO. Matrimonio: Que sus poderdantes contrajeron Matrimonio Católico el día \_\_\_\_ del mes \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_ en la parroquia \_\_\_\_\_ de esta ciudad, el cual se encuentra debidamente registrado bajo el indicativo serial No. XXXXXXXXX de fecha de la Notaría \_\_\_\_\_ del Círculo de \_\_\_\_\_ copia del cual presenta y entrega para su protocolización con este instrumento público. SEGUNDO. Hijos. Manifiesta el compareciente que dentro de la unión matrimonial de sus poderdantes procrearon una (1) hija, actualmente menor de edad, de nombre \_\_\_\_\_. TERCERO: Que sus poderdantes suscribieron convenio o acuerdo familiar, el cual se adjunta a esta Escritura. CUARTO: Que el mencionado convenio fue enviado al Defensor de Familia y aprobado por el doctor \_\_\_\_\_

Defensor de Familia, mediante comunicación escrita, fechada \_\_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_ la cual se protocoliza igualmente con este público instrumento. QUINTO: Que siendo plenamente capaces y por mutuo consentimiento, acogiéndose a lo dispuesto en el Art. 34, de la Ley 962 del 8 de julio de 2005 y su Decreto reglamentario No. 4436 del 28 de noviembre de 2005, es su deseo CESAR LOS EFECTOS CIVILES DE SU MATRIMONIO RELIGIOSO (DIVORCIARSE). SEXTO: Causal de Divorcio. Que sus poderdantes Invocan como causal de Divorcio, el mutuo consentimiento, para lo cual se anexa el correspondiente escrito de acuerdo de Divorcio, suscrito directamente por los interesados. SÉPTIMO: Que los cónyuges, a través de su apoderado, ratifican todo lo anteriormente expresado y a partir de la fecha se consideran legalmente divorciados.

Leído y aprobado que fue el presente instrumento público.

## MINUTA LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL

Comparecieron \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_  
varón y mujer, en su orden, mayores de edad, identificados con las cédulas de  
ciudadanía números \_\_\_\_\_ expedida en \_\_\_\_\_ y  
\_\_\_\_\_ expedida en \_\_\_\_\_ respectivamente, dicen estar  
domiciliados en esta ciudad, que actúan bajo sus propios nombres, de estado  
civil divorciados, con sociedad conyugal disuelta y agregaron: PRIMERO:

Que contrajeron matrimonio civil el día \_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_\_ del año  
\_\_\_\_\_ en la Notaría \_\_\_\_\_ del Círculo de \_\_\_\_\_  
debidamente inscrito bajo el indicativo serial No. \_\_\_\_\_ que presentan y  
entregan para su protocolización con este instrumento público.- SEGUNDO: Que  
estando en plenitud de sus capacidades mentales, han decidido, de mutuo  
acuerdo, liquidar la sociedad conyugal entre ellos formada como consecuencia  
del vínculo matrimonial, acogiéndose a lo preceptuado por el artículo 1820,  
numeral 5 del C. de C. y la Ley 25 de 1992. TERCERO: Que por MUTUO  
CONSENTIMIENTO, han decidido liquidar, como en efecto liquidan por medio  
de este documento público, la sociedad conyugal que se halla disuelta.- CUARTO:  
Que no pactaron capitulaciones matrimoniales, como tampoco llevaron bienes  
propios al matrimonio, ni existen bienes (Muebles ni Inmuebles) dentro de la  
sociedad conyugal formada por ellos: por lo tanto, NO HAY BIENES QUE  
LIQUIDAR: QUINTO: Que no poseen activos ni pasivos sociales puesto que  
dentro de la sociedad conyugal entre ellos formada no poseyeron ninguna clase  
de bienes, ni tienen deudas sociales por cumplir, en consecuencia:

<b>ACTIVO SOCIAL</b>	<b>00</b>
<b>PASIVO SOCIAL</b>	<b>00</b>
<b>TOTAL</b>	<b>00</b>

SEXTO: Que efectuada por mutuo consentimiento la liquidación de la  
sociedad conyugal y garantizando que no causarán perjuicios a terceros, y es-  
tando disuelta la sociedad conyugal formada como consecuencia del matrimonio  
expresado, queda totalmente liquidada.- SÉPTIMO: Igualmente, al no existir ni

activos ni pasivos sociales, queda única la responsabilidad y a cargo de cada cónyuge el incremento de su patrimonio.- OCTAVO: Que cada cónyuge dispondrá de los medios propios para su subsistencia. Las obligaciones contraídas anterior y posteriormente a este instrumento público son de responsabilidad de cada uno de los otorgantes, y cada uno responderá por sus obligaciones ante sus acreedores y terceros.- NOVENO: Que dada la manifestación de voluntad de cada uno de los cónyuges en el sentido de disolver y liquidar la sociedad conyugal de mutuo acuerdo, no se deben alimentos entre sí. - DÉCIMO: Que renuncian a cualquier reclamación por evicción, lesión enorme y similar, o por aparecer deudas, o cualquier pretensión judicial o extrajudicial encaminada a modificar o desconocer en todo o en parte lo aquí convenido.- HASTA AQUÍ LA MINUTA: Leído y aprobado que fue el presente instrumento público.